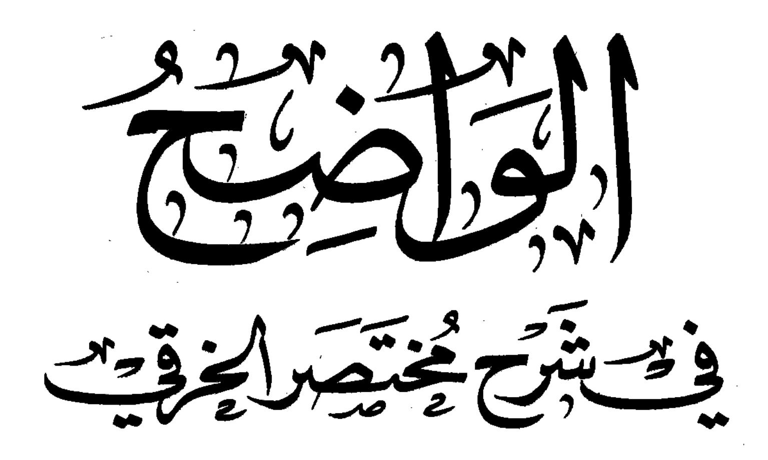


تصنيف

نور الدين أبي طالب عبد الرحمن بن عمر بن أبي القاسم بن
علي بن عثمان البصري الضرير
٦٢٤ - ٦٨٤ هـ

الجزء الرابع

دراسة وتحقيق

معالي الأستاذ الدكتور عبد الملك بن عبد الله بن دهيش

جميع الحقوق محفوظة للمحقق
أ.د. عبد الملك بن دهيش

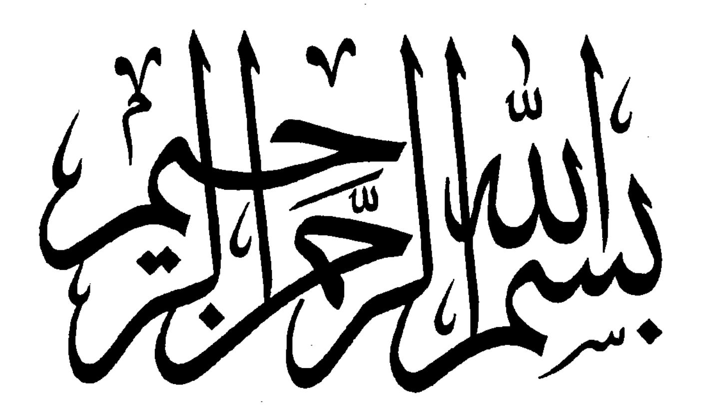
الطبعة الأولى

١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م

يطلب من مكتبة النهضة الحديثة
مكة المكرمة هاتف ٥٧٤٤٥٩٥

دار خضر
للطباعة والنشر والتوزيع
ص ب: ١٣/٦١٤١
بيروت - لبنان




بسم الله الرحمن الرحيم



كتاب الطلاق

الطلاق: حل قيد النكاح. وهو مشروع. والأصل في مشروعيته الكتاب والسنة والإجماع.

أما الكتاب؛ فقول الله تعالى: ﴿الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان﴾ [البقرة: ٢٢٩] وقال: ﴿يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن﴾ [الطلاق: ١].

وأما السنة؛ فما روى ابن عمر «أنه طلق امرأته وهي حائض. فسأل عمر رسول الله ﷺ عن ذلك فقال له رسول الله ﷺ: مره فليراجعها ثم ليتركها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر، ثم إن شاء أمسك بعد، وإن شاء طلق قبل أن يمس فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء»[1]. رواه الجماعة إلا الترمذي فإن له منه الأمر بالمراجعة وفي آي وأخبار سوى هذين كثير. وأجمع الناس على جواز الطلاق. والعبرة دالة على جوازه فإنه ربما فسدت الحال بين الزوجين فيصير بقاء النكاح مفسدة محضة وضرراً مجرداً بإلزام الزوج النفقة والسكنى وحبس المرأة مع سوء العشرة والخصومة الدائمة من غير فائدة فاقتضى ذلك شرع ما يزيل النكاح لتزول المفسدة الحاصلة منه.

مسألة: قال أبو القاسم رحمه الله: (**وطلاق السنة أن يطلقها طاهراً من غير جماع واحدة ثم يدعها حتى تنقضي عدتها**).

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٤٩٥٣) ٥: ٢٠١١ كتاب الطلاق.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٤٧١) ٢: ١٠٩٣ كتاب الطلاق، باب تحريم طلاق الحائض بغير رضاها...
وأخرجه أبو داود في سننه (٢١٨٢) ٢: ٢٥٥ كتاب الطلاق، باب في طلاق السنة.
وأخرجه النسائي في سننه (٣٣٩١) ٦: ١٣٨ كتاب الطلاق، باب وقت الطلاق للعدة التي أمر الله عز وجل أن تطلق لها النساء.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٠١٩) ١: ٦٥١ كتاب الطلاق، باب طلاق السنة.
وأخرجه أحمد في مسنده (٦١٤١) ٢: ١٣٠.

معنى طلاق السنة : الطلاق الذي وافق أمر الله عز وجل وأمر رسوله في الآية والخبر المذكورين وهو الطلاق في طهر لم يصبها فيه ثم يتركها حتى تنقضي عدتها ولا خلاف في أنه إذا طلقها في طهر لم يصبها فيه ثم يتركها حتى تنقضي عدتها أنه مصيب للسنة مطلق للعدة التي أمر الله بها قاله ابن عبدالبر وابن المنذر .

وقال ابن مسعود : « طلاق السنة أن يطلقها من غير جماع »[١] .

وقال « في قوله تعالى : ﴿فطلقوهن لعدتهن﴾ [الطلاق : ١] قال : طاهراً من غير جماع »[٢] ونحوه عن ابن عباس[٣] . وفي حديث ابن عمر الذي رويناه : « ليتركها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ، ثم إن شاء أمسك ، وإن شاء طلق قبل أن يمس فتلك العدة التي أمر الله تعالى أن يطلق لها النساء »[٤] .

وأما قوله : ثم يدعها حتى تنقضي عدتها فمعناه : أنه لا يتبعها طلاقاً آخر قبل قضاء عدتها ولو طلقها ثلاثاً في ثلاثة أطهار كان حكم ذلك حكم جمع الثلاث في طهر واحد . قال أحمد : طلاق السنة واحدة ثم يتركها حتى تحيض ثلاث حيض وكذلك قال مالك والشافعي ؛ لأن علياً قال : « لا يطلق أحد للسنة فيندم »[٥] رواه الأثرم .

وهذا إنما يحصل في حق من لم يطلق ثلاثاً .

وقال ابن سيرين : إن علياً كرم الله وجهه قال : « لو أن الناس أخذوا بما أمر الله من الطلاق ، ما يُتبعُ رجلٌ نفسه امرأةً أبداً ، يُطلقها تطليقة ثم يدَعُها ما بينها وبين أن تحيض ثلاثاً فمتى شاء راجعها »[٦] رواه النجاد بإسناده .

---

(١) ر. تخريج الحديث الآتي.

(٢) أخرجه النسائي في سننه (٣٣٩٥) ٦: ١٤٠ كتاب الطلاق، باب طلاق السنة.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٠٢٠) ١: ٦٥١ كتاب الطلاق، باب طلاق السنة.

(٣) أخرجه الدارقطني في سننه (٣٨) ٤: ١٣ كتاب الطلاق والخلع والإيلاء وغيره.

(٤) سبق قريباً.

(٥) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٧: ٣٢٥ كتاب الخلع والطلاق ، باب ما جاء في طلاق السنة وطلاق البدعة.
وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (١٧٧٣١) ٤: ٥٧ كتاب الطلاق ، ما قالوا في طلاق السنة ما ومتى يطلق.

(٦) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (١٧٧٣٦) ٤: ٥٧ كتاب الطلاق ، ما يستحب من طلاق السنة وكيف هو.

ومتى ارتجع بعد الطلقة ثم طلقها كان للسنة على كل حال ؛ لأنه متى ارتجعها سقط حكم الطلقة الأولى فصارت كأنها لم توجد ولا غنى به عن الطلقة الأخرى إذا احتاج إلى فراق امرأته بخلاف ما إذا لم يرتجعها فإنه مستغن عنها لإفضائها إلى مقصوده من إبانتها فافترقا .

مسألة : (**ولو طلقها ثلاثاً في طُهر لم يُصبها فيه كان أيضاً للسنة ، وكان تاركاً للاختيار**) .

اختلفت الرواية عن أحمد في جمع الثلاث فروي عنه أنه غير محرم اختارها الخرقي وهو مذهب الشافعي ؛ لأن عويمر العجلاني لما لاعن امرأته قال : « كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتُها . فطلقها ثلاثاً قبل أن يأمره رسول الله ﷺ »[1] متفق عليه .

ولم ينقل إنكار رسول الله ﷺ .

ولأنه طلاق جاز تفريقه فجاز جمعه كطلاق النساء .

والرواية الثانية : أن جمع الثلاث طلاق بدعة محرم اختارها أبو بكر وأبو حفص وروي ذلك عن عمر وعلي وابن مسعود وابن عباس وابن عمر وهو قول أبي حنيفة ومالك ؛ لما روى مالك بن الحارث قال : « جاء رجل إلى ابن عباس . فقال : إن عمي طلق امرأته ثلاثًا . فقال : إن عمك عصى الله وأطاع الشيطان . فلم يجعل الله له مخرجًا »[2] .

ووجه ذلك : قول الله تعالى : ﴿يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن . . . -إلى قوله :- لا تدري لعل الله يحدث بعد ذلك أمرًا﴾ [الطلاق : ١] ،

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٥٠٠٣) ٥: ٢٠٣٣ كتاب الطلاق، باب التلاعن في المسجد.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٤٩٢) ٢: ١١٢٩ كتاب اللعان.

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٧: ٣٣٧ كتاب الخلع والطلاق، باب من جعل الثلاث واحدة وما ورد في خلاف ذلك.
وأخرجه سعيد بن منصور في سننه (١٠٦٤) ١: ٢٦٢ كتاب الطلاق، باب التعدي في الطلاق.
وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (١٧٧٨٣) ٤: ٦٢ كتاب الطلاق ، من كره أن يطلق الرجل امرأته ثلاثًا...

ثم قال بعد ذلك: ﴿ومن يتق الله يجعل له مخرجًا﴾ [الطلاق: ٢]، ﴿ومن يتق الله يجعل له من أمره يسرًا﴾ [الطلاق: ٤].

ومن جمع الثلاث لم يبق له أمر يحدث، ولا يجعل الله له مخرجًا ولا من أمره يسرًا.

وروى النسائي بإسناده عن محمود بن لبيد قال: «أُخبر رسول الله ﷺ عن رجل طلق امرأته ثلاث تطليقات جميعًا. فغضب. ثم قال: أيُلْعَبُ بكتاب الله وأنا بين أظهركم؟ حتى قام رجل. فقال: يا رسول الله! ألا أقتله»[1].

ولأنه تحريم للبضع بقول الزوج من غير حاجة. فحرم؛ كالظهار، بل هذا أولى؛ لأن الظهار يرتفع تحريمه بالتكفير، وهذا لا سبيل للزوج إلى رفعه بحال.

ولأنه ضرر وإضرار بنفسه وامرأته من غير حاجة، فيدخل في عموم النهي وربما كان وسيلة إلى عوده إليها حراماً أو بحيلة لا تزيل التحريم ووقوع الندم وخسارة الدنيا والآخرة فكان أولى بالتحريم من الطلاق في الحيض الذي ضرره بقاؤها في العدة أياماً يسيرة أو الطلاق في طهر مسها فيه الذي ضرره احتمال الندم بظهور الحمل فإن ضرر جمع الثلاث يتضاعف على ذلك أضعافاً كثيرة فالتحريم ثم تنبيه على التحريم هاهنا.

ولأنه قول من سمينا من الصحابة رواه عنهم الأثرم وغيره ولم يصح عندنا في عصرهم خلاف قولهم فيكون ذلك إجماعاً.

وأما حديث المتلاعنين فغير لازم؛ لأن الفرقة لم تقع بالطلاق فإنها وقعت بمجرد لعانهما وعند الشافعي بمجرد لعان الزوج فلا حجة فيه؛ لأن اللعان يوجب تحريماً مؤبداً فالطلاق بعده كالطلاق بعد انفساخ النكاح بالرضاع أو غيره.

ولأن جمع الثلاث إنما حرم لما يعقبه من الندم ويحصل به من الضرر ويفوت عليه من حل نكاحها ولا يحصل ذلك[2] بالطلاق بعد اللعان لحصوله باللعان.

---

(١) أخرجه النسائي في سننه (٣٤٠١) ٦: ١٤٢ كتاب الطلاق، الثلاث المجموعة وما فيه من التغليظ.
(٢) زيادة من المغني ٨: ٢٤٢.

ولا خلاف بين الجميع في أن الاختيار والأولى أن يطلق واحدة ثم يدعها حتى تنقضي عدتها ؛ لأن في ذلك امتثالاً لأمر الله تعالى وموافقة لقول السلف وإبعاداً من الندم ، فإنه متى ندم راجعها فإن فاته ذلك بانقضاء عدتها فله نكاحها .

فصل

وإن طلق ثلاثاً بكلمة واحدة وقع الثلاث وحَرُمَتْ عليه حتى تنكح زوجاً غيره ، ولا فرق بين قبل الدخول وبعده روي ذلك عن ابن عباس وأبي هريرة وابن عمر وعبدالله بن عمرو وابن مسعود وأنس وهو قول أكثر أهل العلم من التابعين والأئمة بعدهم .

وكان عطاء وطاووس وسعيد بن جبير وأبو الشعثاء وعمرو بن دينار يقولون : من طلق البكر ثلاثًا فهي واحدة .

وروى طاووس عن ابن عباس قال : « كان الطلاق على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر وسنتين من خلافة عمر طلاق الثلاث واحدة . فقال عمر : إن الناس قد استعجلوا في أمرٍ كانت لهم فيه أناةٌ فلو أمضيناهُ عليهم فأمضاه عليهم »[(١)] . رواه أحمد ومسلم .

وفي رواية عن طاووس أن أبا الصهباء قال لابن عباس : « هات من هناتِكَ ألم يكن الطلاق الثلاث على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر وصدراً من إمارة عمر واحدة . قال ابن عباس : بلى كان الرجل إذا طلق امرأته ثلاثاً قبل أن يدخل بها جعلوها واحدة على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر وصدراً من إمارة عمر . فلما رأى الناس قد تتابعوا فيها قال : أجيزُوهن عليهم »[(٢)] رواه أبو داود .

وروى سعيد بن جبير وعمرو بن دينار ومجاهد ومالك بن الحارث عن ابن عباس خلاف رواية طاووس[(٣)] . أخرجه أيضًا أبو داود .

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (١٤٧٢) ٢: ١٠٩٩ كتاب الطلاق ، باب طلاق الثلاث.
وأخرجه أحمد في مسنده (٢٨٧٠) طبعة إحياء التراث.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٢١٩٩) ٢: ٢٦١ كتاب الطلاق ، باب نسخ المراجعة بعد التطليقات الثلاث.

(٣) أخرجه أبو داود في سننه (٢١٩٧) ٢: ٢٦٠ الموضع السابق.

وأفتى ابن عباس بخلاف ما روى عنه طاووس .

وروى الدارقطني بإسناده عن عبادة بن الصامت قال : « طلّق بعض آبائي امرأته ألفًا . فانطلق بَنُوه إلى رسول الله ﷺ . فقالوا : يا رسول الله! إن أبانا طلق أمّنا ألفًا ، فهل له مخرج ؟ فقال : إن أباكم لم يتق الله فيجعل له من أمره مخرجًا ، بانت منه بثلاث على غير السنة ، وتسعمائة وسبعة وتسعون إثم في عنقه »[1] .

ولأن النكاح ملك يصح إزالته متفرقًا . فصح مجتمعًا ؛ كسائر الأملاك .

وأما حديث ابن عباس فقد صحت الرواية عنه بخلافه وأفتى أيضاً بخلافه .

قال الأثرم : سألت أبا عبدالله عن حديث ابن عباس بأيّ شيء تدفعه؟ فقال : أدفعه برواية الناس عن ابن عباس من وجوه خلافه ثم ذكر عن عدة عن ابن عباس من وجوه أنها ثلاث ، وقيل معنى حديث ابن عباس أن الناس كانوا يطلقون واحدة على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر . وإلا فلا يجوز أن يخالف عمر ما كان في عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر . ولا يسوغ لابن عباس أن يروي هذا عن رسول الله ﷺ ويفتي بخلافه .

مسألة : **(وإذا قال لها : أنتِ طالقٌ للسنة وكانت حاملاً أو طاهراً لم يجامعها فيه فقد وقع الطلاق ، وإن كانت حائضاً لزمها الطلاق إذا طهرت وإن كانت طاهراً مجامعة فيه فإذا طهرت من الحيضة المستقبلة لزمها الطلاق)** .

أما إذا قال لامرأته : أنت طالق للسنة فمعناه في وقت السنة فإن كانت طاهراً غير مجامعة فيه فهو وقت للسنة على ما أسلفناه وكذلك إن كانت حاملاً . قال ابن عبدالبر : لا خلاف بين العلماء أن الحامل طلاقها للسنة . وقال أحمد : أذهب إلى حديث سالم عن أبيه : « ثم ليطلقها طاهراً أو حاملاً »[2] رواه الجماعة إلا البخاري . فأمره بالطلاق في الطهر أو في الحمل ، وطلاق السنة ما وافق الأمر .

---

(١) أخرجه الدارقطني في سننه (٥٣) ٤: ٢٠ كتاب الطلاق والخلع والإيلاء وغيره.

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه (١٤٧١) ٢: ١٠٩٥ كتاب الطلاق، باب تحريم طلاق الحائض بغير رضاها...
وأخرجه أبو داود في سننه (٢١٨٢) ٢: ٢٥٥ كتاب الطلاق، باب في طلاق السنة.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١١٧٦) ٣: ٤٧٩ كتاب الطلاق واللعان، باب ما جاء في طلاق السنة.
⇦

ولأن مطلق الحامل التي قد استبان حملها قد دخل على بصيرة فلا يخاف ظهور أمر يتجدد به الندم وليست مرتابة لعدم اشتباه الأمر عليها فإذا قال لها : أنت طالق للسنة في هاتين الحالتين طلقت في الحال ؛ لأنه وصف الطلقة بصفتها فوقعت في الحال . وإن قال ذلك لحائض لم تقع في الحال ؛ لأن طلاقها طلاق بدعة لكن إذا طهرت طلقت ؛ لأن الصفة وجدت حينئذ فصار كأنه قال : أنت طالق في النهار فإن كانت في النهار طلقت وإن كانت في الليل طلقت إذا جاء النهار ، وإن كانت في طهر جامعها فيه لم يقع حتى تحيض ثم تطهر ؛ لأن الطهر الذي جامعها فيه والحيض بعده زمان بدعة فإذا طهرت من الحيضة المستقبلة طلقت حينئذ ؛ لأن الصفة وجدت ، وهذا كله مذهب أبي حنيفة والشافعي ولا أعلم فيه مخالفاً ، فإن أولج في آخر الحيض واتصل بأول الطهر أو أولج مع أول الطهر لم يقع الطلاق في ذلك الطهر لكن متى جاء طهر لم يجامعها فيه طلقت في أوله وهذا مذهب الشافعي ولا أعلم فيه مخالفاً .

مسألة : (**ولو قال لها : أنتِ طالقٌ للبدعة وهي في طُهر لم يُصبْها فيه لم تطلق حتى يُصيبها أو تحيض**) .

هذه عكس المسألة قبلها فإنه وصف الطلقة بأنها للبدعة فإن قال ذلك لحائض أو طاهر مجامعة فيه وقع الطلاق في الحال ؛ لأنه وصف الطلقة بصفتها وإن كانت في طهر لم يصبها فيه لم يقع في الحال فإذا حاضت طلقت بأول جزء من الحيض وإن أصابها طلقت بالتقاء الختانين فإن نزع من غير توقف فلا شيء عليهما وإن أولج بعد النزع فقد وطئ مطلقته ويأتي بيان ذلك وإن أصابها واستدام ذلك حرم .

مسألة : (**ولو قال لها وهي حائض ولما يدخل بها : أنت طالق للسنة طلقت من وقتها ؛ لأنه لا سنة فيها ولا بدعة**) .

⇦

وأخرجه النسائي في سننه (٣٣٩١) ٦: ١٣٨ كتاب الطلاق، باب وقت الطلاق للعدة التي أمر الله عز وجل أن تطلق لها النساء.

وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٠٢٣) ١: ٦٥٢ كتاب الطلاق، باب الحامل كيف تطلق.

وأخرجه أحمد في مسنده (٤٧٨٩) ٢: ٢٦.

قال ابن عبد البر : أجمع العلماء أن طلاق السنة إنما هو للمدخول بها أما غير المدخول بها فليس لطلاقها سنة ولا بدعة إلا في عدد الطلاق على اختلاف بينهم فيه وذلك لأن الطلاق في حق المدخول بها إذا كانت من ذوات الأقراء إنما كان له سنة وبدعة ؛ لأن العدة تطول عليها بالطلاق في الحيض وترتاب بالطلاق في الطهر الذي جامعها فيه وينتفي عنها الأمران بالطلاق في الطهر[1] الذي لم يجامعها فيه ، أما غير المدخول بها فلا عدة عليها يخشى تطويلها أو الارتياب فيها وكذلك ذوات الأشهر كالصغيرة التي لم تحض والآيسات من المحيض لا سنة لطلاقهن ولا بدعة ؛ لأن العدة لا تطول بطلاقها في حال ولا تحمل فترتاب وكذلك الحامل التي استبان حملها فهؤلاء كلهن ليس لطلاقهن سنة ولا بدعة من جهة الوقت في قول أصحابنا وهو مذهب الشافعي وكثير من أهل العلم فإذا قال لإحدى هؤلاء : أنت طالق للسنة أو للبدعة طلقت للحال ولغت الصفة ؛ لأن طلاقها لا يتصف بذلك فصار كأنه قال : أنت طالق ولم يزد وكذلك إن قال : أنت طالق للسنة والبدعة أو قال : أنت طالق لا للسنة ولا للبدعة طلقت في الحال ؛ لأنه وصف الطلقة بصفتها ويحتمل كلام الخرقي أن يكون للحامل طلاق سنة ؛ لأنه طلاق أمر به بقوله عليه السلام : «ثم ليطلقها طاهراً أو حاملاً»[2] وهو أيضاً ظاهر كلام أحمد فإنه قال : أذهب إلى حديث سالم عن أبيه يعني هذا الحديث .

ولأنها في حال انتقلت إليها بعد زمن البدعة ويمكن أن تنتقل عنها إلى زمان البدعة فكان طلاقها طلاق سنة كالطاهر من الحيض من غير مجامعة ويتفرع من هذا أنه لو قال لها : أنت طالق للبدعة لم تطلق في الحال فإذا وضعت الحمل طلقت ؛ لأن النفاس زمان بدعة كالحيض .

مسألة : (**وطلاق الزائل العقل بلا سكر لا يقع**) .

أجمع أهل العلم على أن الزائل العقل بغير سكر أو ما في معناه لا يقع طلاقه كذلك قال عثمان وعلي وأجمعوا على أن الرجل إذا طلق في حال نومه لا طلاق

---

(١) زيادة من المغني ٨: ٢٤٩.

(٢) سبق تخريجه قريباً.

له ، وقد ثبت أن النبي ﷺ قال : «رفع القلم عن ثلاثة : عن النائم حتى يستيقظ ، وعن الصبي حتى يحتلم ، وعن المجنون حتى يَعْقِل»[١] .

وروى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال : «كل الطلاق جائز ، إلا طلاق المعتوه المغلوب على عقله»[٢] رواه النجاد .

وقال الترمذي : لا نعرفه إلا من حديث عطاء بن عجلان وهو ذاهب الحديث .

ولأنه قول يُزيل الملك . فاعتبر له العقل ؛ كالبيع .

وسواء زال عقله بجنون أو إغماء أو نوم أو شرب دواء أو إكراه على شرب خمر أو شرب ما يزيل العقل أو شربه ولا يعلم أنه يزيل العقل فكل هذا يمنع وقوع الطلاق رواية واحدة ولا نعلم فيه خلافاً ، وأما إن شرب البنج ونحوه مما يزيل عقله عالماً به متلاعباً فحكمه حكم السكران في طلاقه وبهذا قال أصحاب الشافعي ؛ لأنه زال عقله بمعصية فأشبه السكران .

فصل

قال أحمد في المغمى عليه : إذا طلق فلما أفاق وعلم أنه كان مغمى عليه[٣] وهو ذاكر لذلك فقال : إذا كان ذاكراً لذلك فليس مغمى عليه : يجوز طلاقه .

وقال في رواية أبي طالب في المجنون يطلق فقيل له بعدما أفاق : إنك طلقت امرأتك فقال : أنا ذاكر أني طلقت و لم يكن عقلي معي . فقال : إذا كان يذكر أنه طلق فقد طلقت . فلم يجعله مجنونًا إذا كان يذكر الطلاق ويعلم به .

---

(١) أخرجه الترمذي في جامعه (١٤٢٣) ٤: ٣٢ كتاب الحدود، باب ما جاء فيمن لا يجب عليه الحد.
وأخرجه أبو داود في سننه (٤٤٠٣) ٤: ١٤١ كتاب الحدود، باب في المجنون يسرق أو يصيب حداً.
وأخرجه أحمد في مسنده (١١٨٣) ١: ١٤٠.

(٢) أخرجه الترمذي في جامعه (١١٩١) ٣: ٤٩٦ كتاب الطلاق واللعان، باب ما جاء في طلاق المعتوه.

(٣) زيادة من المغني ٨: ٢٥٤.

وهذا فيمن جنونه بذهاب معرفته بالكلية وبطلان حواسه ، وأما من كان جنونه لنشاف أو كان مبرسمًا فإنه يسقط حكم تصرفه ، مع أن معرفته غير ذاهبة بالكلية فلا يضره ذكره للطلاق . وا لله أعلم .

مسألة : (**وعن أبي عبدا لله رضي ا لله عنه في طلاق السكران روايات ثلاث : إحداها يلزمه الطلاق ، ورواية لا يلزمه ، ورواية يتوقف عن الجواب ويقول : قد اختلف أصحاب رسول ا لله ﷺ**) .

أما التوقف عن الجواب فليس بقول في المسألة إنما هو ترك للقول فيها وتوقف عنه لتعارض الأدلة فيها وإشكال دليلها ويبقى في المسألة روايتان :

إحداهما : يقع طلاقه اختارها أبو بكر الخلال والقاضي وهو مذهب سعيد ابن المسيب وعطاء ومجاهد والحسن وابن سيرين والشعبي والنخعي وميمون بن مهران والحكم ومالك والثوري والأوزاعي والشافعي وابن شبرمة وأبي حنيفة وصاحبيه وسليمان بن حرب ؛ لقول النبي ﷺ : « كل الطلاق جائز ، إلا طلاق المعتوه »[1] ، ومثل هذا عن علي وابن عباس .

قال ابن عباس : طلاق السكران جائز إن ركب معصية مرة .

ولأن الصحابة جعلوه كالصاحي في الحد بالقذف بدليل ما روى أبو وبرة الكلبي قال : أرسلني خالد بن الوليد إلى عمر فأتيته في المسجد ومعه عثمان وعلي وعبدالرحمن وطلحة والزبير فقلت : إن خالداً يقول : إن الناس انهمكوا في الخمر وتحاقروا العقوبة فقال عمر : هؤلاء عندك فسلهم فقال علي : تراه إذا سكر هذا هذى وإذا هذى افترى وعلى المفتري ثمانون . فقال عمر : أبلغ صاحبك ما قال فجعلوه كالصاحي .

ولأنه إيقاع للطلاق من مكلف غير مكره صادف ملكه فوجب أن يقع[2] كطلاق الصاحي ، ويدل على تكليفه أنه يقتل بالقتل ويقطع بالسرقة وبهذا فارق المجنون .

---

(١) سبق تخريجه قريباً.

(٢) في الأصل: يصح. وما أثبتناه من المغني ٨: ٢٥٦.

والرواية الثانية : لا يقع طلاقه اختارها أبو بكر عبدالعزيز وهو قول عثمان . قال ابن المنذر : هذا ثابت عن عثمان ولا نعلم أحداً من الصحابة خالفه . وقال أحمد : حديث عثمان أرفع شيء فيه وهو أصح يعني من حديث علي وحديث الأعمش منصور لا يرفعه إلى علي .

ولأنه زائل العقل أشبه المجنون والنائم .

ولأنه مفقود الإرادة أشبه المكره .

ولأن العقل شرط للتكليف إذ هو عبارة عن الخطاب بأمر أو نهي ولا يتوجه ذلك إلى منْ لا يفهمه . ولا فرق بين زوال الشرط بمعصية أو غيرها بدليل أن من كسر ساقيه جاز له أن يصلي قاعداً ، ولو ضَرَبتْ المرأة بطنها فنفست سقطت عنها الصلاة ، ولو ضرب رأسه فجن سقط التكليف . وحديث أبي هريرة لا يثبت . وأما قتله وسرقته فهو كمسألتنا .

فصل

والحكم في عتقه ونذره وبيعه وشرائه وردته وإقراره وقتله وقذفه وسرقته كالحكم في طلاقه ؛ لأن المعنى في الجميع واحد ، وقد روي عن أحمد في بيعه وشرائه الروايتان وسأله ابن منصور : إذا طلق السكران أو سرق أو زنى أو افترى أو اشترى أو باع فقال : أجبن عنه لا يصح من أمر السكران شيء .

وقال ابن حامد : حكم السكران حكم الصاحي فيما له وما عليه وأما فيما له وعليه كالبيع والنكاح والمعاوضات فهو كالمجنون لا يصح له شيء وقد أومأ إليه أحمد والأولى أن ما له أيضاً لا يصح منه ؛ لأن تصحيح تصرفاته فيما عليه مؤاخذة له وليس من المؤاخذة تصحيح تصرف له .

فصل

وحد السكر الذي يقع الخلاف في صاحبه هو الذي يجعله يخلط في كلامه ، ولا يعرف رداءه من رداء غيره ، ونعله من نعل غيره ونحو ذلك ؛ لأن الله تعالى قال : ﴿يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما

تقولون﴾ [النساء:٤٣] فجعل علامة زوال عقله عدم علمه ما يقول ، وروي عن عمر أنه قال : استقرؤه القرآن أو ألقوا رداءه في الأردية فإن قرأ أم القرآن أو عرف رداءه وإلا فأقم عليه الحد ، ولا يعتبر أن لا يعرف السماء من الأرض ، ولا الذكر من الأنثى ؛ لأن ذلك لا يخفى على المجنون فعليه أولى .

مسألة : **(وإذا عقل الصبي الطلاق فطلق لزمه)** .

أما الصبي الذي لا يعقل فلا خلاف في أنه لا طلاق له ، وأما الذي يعقل الطلاق ويعلم أن زوجته تبين منه وتحرم عليه فأكثر الروايات عن أحمد أن طلاقه يقع اختارها أبو بكر والخرقي وابن حامد ، وروى أبو طالب عن أحمد : لا يجوز طلاقه حتى يحتلم وهو قول النخعي والزهري وأبي حنيفة وأصحابه ومالك والشافعي لقوله عليه السلام : « رُفع القلم عن الصبي حتى يحتلم »[١] .

ولأنه غير مكلف فلم يقع طلاقه كالمجنون .

ووجه قول الخرقي قول النبي ﷺ : « الطلاق لمن أخذ بالساق »[٢] .

وقوله : « كل الطلاق جائز ، إلا طلاق المعتوه والمغلوب على عقله »[٣] .

وروي عن علي أنه قال : « اكتموا الصبيان النكاح »[٤] .

فيفهم منه أن فائدته : أن لا يطلقوا .

ولأنه طلاق من عاقلٍ صادف محل الطلاق . فوقع ؛ كطلاق البالغ .

إذا ثبت هذا فأكثر الروايات عن أحمد تحديد من يقع طلاقه من الصبيان بكونه يعقل وهو اختيار الخرقي والقاضي . وعن أحمد : إذا عقل الطلاق جاز طلاقه ما بين عشر إلى اثنتي عشرة ، وهذا يدل على أنه لا يقع لدون العشر وهو اختيار أبي بكر ؛ لأن العشر حد الضرب على الصلاة والصيام وصحة الوصية فكذلك هاهنا .

مسألة : **(ومن أكره على الطلاق لم يلزمه)** .

---

(١) سبق تخريجه ص: ١٣.

(٢) أخرجه ابن ماجة في سننه (٢٠٨١) ١: ٦٧٢ كتاب الطلاق، باب طلاق العبد.

(٣) سبق تخريجه ص: ١٣.

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (١٧٩٣٤) ٤: ٧٦ كتاب الطلاق، ما قالوا في الصبي.

لا تختلف الرواية عن أحمد أن طلاق المكره لا يقع . روي ذلك عن عمر وعلي وابن عمر وابن عباس وابن الزبير وجابر بن سمرة وإليه ذهب أهل العلم منهم مالك والشافعي وأبو عبيد ؛ لقول النبي ﷺ : « وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه »[1] رواه ابن ماجة .

وعن عائشة قالت : سمعت رسول الله ﷺ يقول : « لا طلاق في إغلاق »[2] رواه أحمد وأبو داود والأثرم .

قال أبو عبيد : معناه في إكراه .

وقال أبو بكر : سألت ابن دريد وأبا طاهر النحويين فقالا : يريد الإكراه ؛ لأنه إذا أكره انغلق عليه رأيه ، ويدخل في هذا المعنى[3] المبرسم والمجنون .

ولأنه قول من سمينا من الصحابة ولا مخالف لهم في عصرهم فيكون إجماعاً .

ولأنه قول حمل عليه بغير حق فلم يثبت له حكم ككلمة الكفر إذا أكره عليها .

ولأنه إزالة ملك بغير حق فلا يحصل من غير المختار كالعتق والبيع .

فصل

وإن كان الإكراه بحق نحو إكراه الحاكم المولى على الطلاق بعد التربص إذا لم يفيء وإكراهه الرجلين اللذين زوجهما وليان و لم يعلم السابق منهما على الطلاق وقع الطلاق ؛ لأنه قول حمل عليه بحق فصح كإسلام المرتد إذا أكره عليه .

ولأنه إنما جاز إكراهه على الطلاق ليقع طلاقه فلو لم يقع لم يحصل المقصود .

مسألة : (**ولا يكون مكرهاً حتى ينال بشيء من العذاب مثل الضرب أو الخنق أو عصر الساق وما أشبهه ولا يكون التواعد كرهاً**) .

---

(١) أخرجه ابن ماجة في سننه (٢٠٤٥) ١: ٦٥٩ كتاب الطلاق، باب طلاق المكره والناسي.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٢١٩٣) ٢: ٢٥٨ كتاب الطلاق، باب في الطلاق على غلط.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٠٤٦) ١: ٦٦٠ كتاب الطلاق، باب طلاق المكره والناسي.
وأخرجه أحمد في مسنده (٢٦٤٠٣) ٦: ٢٧٦.

(٣) زيادة من المغني ٨: ٢٥٩.

أما إذا نيل بشيء من العذاب الذي ذكره أو الغط في الماء أو الحبس مع الوعيد فإنه يكون إكراهاً بلا إشكال ؛ لما روي «أن المشركين أخذوا عمار بن ياسر فأرادوه على الشرك فأطاعهم ، فانتهى إليه النبي ﷺ وهو يبكي ، فجعل يمسح الدموع عن عينيه فيقول : أخذك المشركون فغطُّوك في الماء وأمروك أن تشرك با لله ففعلت ، فإن أخذوك مرة أخرى فافعل ذلك بهم »[1] رواه أبو حفص بإسناده .

وقال عمر : ليس الرجل أميناً على نفسه إذا ضربته وأوجعته وهذا يقتضي وجود فعل يكون به إكراهاً . وأما الوعيد بمفرده فعن أحمد فيه روايتان :

إحداهما : ليس بإكراه ؛ لأن الذي ورد الشرع بالرخصة معه هو ما ورد في حديث عمار ، « إنهم أخذوك فغطوك في الماء » فلا يثبت الحكم إلا فيما كان مثله .

والرواية الثانية : الوعيد بمفرده إكراه . وهذا قول أكثر الفقهاء وبه قال أبو حنيفة والشافعي ؛ لأن الإكراه لا يكون إلا بالوعيد فإن الماضي من العقوبة لا يندفع بفعل ما أكره عليه ولا يخشى من وقوعه وإنما أبيح له فعل المكره عليه دفعاً لما يتوعده به من العقوبة فيما بعد وهو في الموضعين واحد .

ولأنه متى توعده بالقتل وعلم أنه يقتله فلم يبح له الفعل أفضى إلى قتله والقائه بيده إلى التهلكة ولا يفيد ثبوت الرخصة بالإكراه شيئاً ؛ لأنه إذا طلق في هذه الحال وقع طلاقه فيصل المكره إلى مراده ويقع الضرر بالمكره وثبوت الإكراه في حق من نيل بشيء من العذاب لا ينفي ثبوته في حق غيره .

فصل

ومن شرط الإكراه ثلاثة أمور :

أحدها : أن يكون من قادر بسلطان أو يغلبه كاللص ونحوه لعموم ما ذكرناه .

---

(١) أخرجه الحاكم في مستدركه (٣٣٦٢) ٢: ٣٨٩ كتاب التفسير ، تفسير سورة النحل.

ولأنه إكراه فمنع وقوع الطلاق لعموم الخبر .

الثاني : أن يغلب على ظنه نزول الوعيد به إن لم يجبه إلى ما طلبه .

الثالث : أن يكون مما يستضر به ضرراً كثيراً كالقتل والضرب الشديد والقيد والحبس الطويل ، وأما الشتم والسب فليس بإكراه رواية واحدة وكذلك أخذ المال اليسير ، وأما الضرر اليسير فإن كان في حق من لا يُبالي به فليس بإكراه وإن كان من ذوي المروءات على وجه يكون إخراقاً بصاحبه وغضاله وشهرة له فهو كالضرب الكثير في حق غيره ، وإن توعد بتعذيب ولده فقد قيل ليس بإكراه ؛ لأن الضرر لاحق بغيره والأولى أن يكون إكراهاً ؛ لأن ذلك عنده أعظم من أخذ ماله والوعيد بذلك إكراه فكذلك هذا . والله أعلم .

باب تصريح الطلاق وغيره

أما الطلاق فلا يقع إلا بلفظ ولو نواه بقلبه من غير لفظ لم يقع في قول عامة أهل العلم لقول النبي ﷺ : «إن الله تجاوز لأمتي عما حدثت به أنفسها ، ما لم تتكلم به أو تعمل»[1] رواه النسائي والترمذي وقال : هذا حديث صحيح .

ولأنه تصرف يزيل الملك فلم يحصل بالنية كالبيع والهبة ، وإن نواه بقلبه وأشار بأصابعه لم يقع أيضاً لما ذكرنا .

إذا ثبت أنه يعتبر فيه اللفظ فاللفظ ينقسم فيه إلى صريح وكناية ، فالصريح يقع به الطلاق من غير نية . والكناية لا يقع به الطلاق حتى ينويه أو يأتي بما يقوم مقام نيته .

مسألة : قال أبو القاسم رحمه الله : (**وإذا قال : قد طلقتك أو قد فارقتك أو قد سرحتك لزمه الطلاق**) .

هذا يقتضي أن صريح الطلاق ثلاثة ألفاظ : الطلاق والفراق والسراح وما تصرف منهن وهذا مذهب الشافعي . وقال ابن حامد : صريحه لفظ الطلاق وحده وما تصرف منه لا غير وهو مذهب أبي حنيفة ؛ لأن لفظ الفراق والسراح يستعملان في غير الطلاق كثيراً فلا يكونا صريحين فيه كسائر كناياته .

ووجه قول الخرقي أن هذه الألفاظ ورد بها الكتاب بمعنى الفرقة بين الزوجين فكانا صريحين فيه كلفظ الطلاق . قال الله تعالى : ﴿فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان﴾ [البقرة :٢٢٩] وقال : ﴿فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف﴾ [الطلاق :٢] وقال : ﴿وإن يتفرقا يغن الله كلاً من سعته﴾ [النساء :١٣٠] وقال :

---

(١) أخرجه الترمذي في جامعه (١١٨٣) ٣: ٤٨٩ كتاب الطلاق، باب ما جاء فيمن يحدث نفسه بطلاق امرأته.
وأخرجه النسائي في سننه (٣٤٣٥) ٦: ١٥٧ كتاب الطلاق، باب من طلق في نفسه.

﴿فتعالين أمتعكن وأسرحكن سراحاً جميلاً﴾ [الأحزاب:٢٨] وقول ابن حامد أصح فإن الصريح في الشيء ما كان نصاً فيه لا يحتمل غيره إلا احتمالاً بعيداً، ولفظ الفراق والسراح إن وردا في القرآن بمعنى الفرقة بين الزوجين فقد وردت لغير ذلك المعنى وفي العرف كثيراً قال الله: ﴿واعتصموا بحبل الله جميعاً ولا تفرقوا﴾ [آل عمران:١٠٣] وقال: ﴿وما تفرق الذين أوتوا الكتاب﴾ [البينة:٤] فلا معنى لتخصيصه بفرقة الطلاق على أن قوله: ﴿أو فارقوهن بمعروف﴾ [الطلاق:٢] لم يرد به الطلاق وإنما هو ترك ارتجاعها وكذلك قوله: ﴿أو تسريح بإحسان﴾ [البقرة:٢٢٩] ولا يصح قياسه على لفظ الطلاق فإنه مختص بذلك سابق إلى الإفهام من غير قرينة ولا دلالة بخلاف الفراق والسراح فعلى كلا القولين إذا قال: طلقتك أو أنت طالق أو مطلقة وقع الطلاق من غير نية وإن قال: فارقتك أو أنت مفارقة أو سرحتك أو أنت مسرحة فمن رآه صريحاً أوقع به الطلاق من غير نية ومن لم يره صريحاً[1] لم يوقعه به إلا أن ينويه، فإن قال: أردت بقولي: فارقتك أي بجسمي أو بقلبي أو بمذهبي أو سرحتك من يدي أو شغلي أو من حبسي أو سرحت شعرك قبل قوله، وإن قال: أردت بقولي: أنت طالق أي من وثاقي أو قال: أردت أن أقول طلبتك فسبق لساني فقلت طلقتك ونحو ذلك دين فيما بينه وبين الله تعالى فمن علم من نفسه ذلك لم يقع عليه فيما بينه وبين ربه.

قال أبو بكر: لا خلاف عن أبي عبدالله أنه إذا أراد أن يقول لزوجته: اسقني ماء فسبقه لسانه فقال: أنت طالق أو أنت حرة أنه لا طلاق فيه، وهل يقبل دعواه في الحكم؟ ينظر فإن كان في حال الغضب أو سؤالها الطلاق لم يقبل في الحكم؛ لأن لفظه ظاهر في الطلاق وقرينة حاله تدل عليه فكانت دعواه مخالفة للظاهر من وجهين فلا تقبل، وإن لم تكن في هذه الحال فظاهر كلام أحمد أنه يقبل قوله؛ لأنه فسر كلامه بما يحتمله احتمالاً غير بعيد فقبل كما لو قال: أنت طالق أنت طالق وقال: أردت بالثانية إفهامها.

---

(١) في الأصل: صحيحاً وما أثبتناه من المغني ٨: ٢٦٤.

وقال القاضي : فيه روايتان هذه التي ذكرنا قال : وهي ظاهر كلام أحمد .

والثانية : لا يقبل وهو مذهب الشافعي ؛ لأنه خلاف ما يقتضيه الظاهر في العرف فلم يقبل في الحكم كما لو أقر بعشرة ثم قال : زيوفاً أو صغاراً أو إلى شهر وأما إن صرح بذلك في اللفظ فقال : طلقتك من وثاقي أو فارقتك بجسمي أو سرحتك من يدي فلا شك في أن الطلاق لا يقع ؛ لأن ما يتصل بالكلام يصرفه عن مقتضاه كالاستثناء والشرط ، وذكر أبو بكر في قوله : أنت مطلقة أنه إن نوى أنها مطلقة طلاقاً ماضياً أو من زوج كان قبله لم يكن عليه شيء وإن لم ينو شيئاً فعلى قولين :

أحدهما : يقع .

والثاني : لا يقع وهذا من قوله يقتضي أن تكون هذه اللفظة غير صريحة في أحد القولين .

قال القاضي : والمنصوص عن أحمد أنه صريح وهو الصحيح ؛ لأن هذه متصرفة من لفظ الطلاق فكانت صريحة فيه كقوله : أنت طالق .

مسألة : **(وإذا قال لها في الغضب : أنت حرةٌ ، أو لَطَمَهَا وقال : هذا طلاقك لزمها الطلاق)** .

الكلام في هذه المسألة في حكمين :

الأول : أن هذا اللفظ كناية في الطلاق إذا نواه به وقع ولا يقع من غير نية ولا دلالة حال ولا نعلم خلافاً في أنت حرة أنه كناية وأما إذا لطمها وقال : هذا طلاقك فإن كثيراً من الفقهاء قالوا : ليس هذا كناية ولا يقع به طلاق وإن نوى ؛ لأن هذا لا يؤدي معنى الطلاق ولا هو سبب له ولا حكم فلم يصح التعبير به عنه كقوله : غفر الله لك . وقال ابن حامد : يقع به الطلاق من غير نية ؛ لأن تقديره : أوقعت عليك طلاقاً هذا الضرب من أجله فعلى قوله يكون هذا صريحاً ، وقول الخرقي محتمل لهذا ، ويحتمل أنه إنما يوقعه إذا كان في حال[1] الغضب فيكون

(١) زيادة من المغني ٨: ٢٦٨.

الغضب قائماً مقام النية كما قام مقامها في أنت حرة ، ويحتمل أن يكون لطمه لها قرينة تقوم مقام النية ؛ لأنه يصدر عن الغضب فجرى مجراه والصحيح أنه كناية في الطلاق؛ لأنه محتمل بالتقدير الذي ذكره ابن حامد ويحتمل أنه يريد أنه سبب لطلاقك لكون الطلاق معلقاً عليه فصح أن يعبر به عنه وليس بصريح ؛ لأنه احتاج إلى تقدير ولو كان صريحاً لم يحتج إلى ذلك .

ولأنه غير موضوع له ولا مستعمل فيه شرعاً ولا عرفاً فأشبه سائر الكنايات .

وعلى قياسه ما لو أطعمها أو سقاها أو كساها وقال : هذا طلاقك أو لو فعلت المرأة فعلاً من قيام أو قعود أو فعل هو فعلاً ، وقال : هذا طلاقك فهو مثل لطمها إلا في أن اللطم يدل على الغضب القائم مقام النية فيكون هو أيضاً قائماً مقامها في وجه وما ذكرناه لا يقوم مقام النية عند من اعتبرها .

الحكم الثاني : أنه إذا أتى بالكناية في حال الغضب فذكر الخرقي في هذا الموضع أنه يقع الطلاق وذكر أبو بكر والقاضي وأبو الخطاب في ذلك روايتين :

إحداهما : يقع الطلاق .

والرواية الأخرى : ليس بطلاق وهو قول أبي حنيفة والشافعي واحتجا بأن هذا ليس بصريح في الطلاق ولم ينوه به فلم يقع به الطلاق كحال الرضى .

ولأن مقتضى اللفظ لا يتغير بالرضى والغضب . قال صاحب المغني : ويحتمل أن ما كان من الكنايات لا يستعمل في غير الفرقة إلا نادراً نحو قوله : أنت حرة لوجه الله واعتدي واستبرئي وحبلك على غاربك وأنت بائن وأشباه ذلك أنه يقع في حال الغضب وجواب سؤاله الطلاق من غير نية وما كثر استعماله لغير ذلك نحو اخرجي واذهبي وتزوجي وتقنعي لا يقع الطلاق به إلا بنية ومذهب أبي حنيفة قريب من هذا وكلام أحمد والخرقي في الوقوع إنما ورد في قوله : أنت حرة وهو مما لا يستعمله الإنسان في حق زوجته غالباً إلا كناية عن الطلاق ولا يلزم من الاكتفاء لذلك بمجرد الغضب وقوع غيره من غير نية ؛ لأن ما كثر استعماله يوجد كثيراً غير مراد به الطلاق في حال الرضى فكذلك في حال الغضب إذ لا حجر

عليه في استعماله والتكلم به بخلاف ما لم تجر العادة بذكره فإنه لما قل استعماله في غير الطلاق كان بمجرد ذكره يظن فيه إرادة الطلاق فإذا انضم إلى ذلك مجيئه عقيب سؤال الطلاق أو في حال الغضب قوي الظن فصار ظناً غالباً .

ووجه الرواية الأخرى أن دلالة الحال تغير حكم الأقوال والأفعال فإن من قال لرجل : يا عفيف ابن العفيف حالة تعظيمه كان مدحاً له ، وإن قاله في حال شتمه وتنقصه كان قذفاً وذماً ، ولو قال أنه لا يغدر بذمة ولا يظلم حبة خردل وما أحد أوفى ذمة منه في حال المدح كان مدحاً بليغاً كما قال حسان :

فما حَمَلَتْ من ناقةٍ فوق رَحْلِها أبـرُّ وأوفى ذمةً من محمد

ولو قاله في حال الذم كان هجاء قبيحاً كقول الشاعر :

قبيلة لا يغدِرُون بذمة ولا يَظْلِمُونَ الناسَ حبَّةَ خَرْدَل

وقال الآخر :

كأنَّ ربي لم يخلق لخشيته سواهم من جميع الناس إنسانا

وهذا في هذا الموضع هجاء قبيح وذم حتى حكي عن حسان أنه قال : ما أراه إلا قد سلح عليهم ولولا القرينة ودلالة الحال كان من أحسن المدح وأبلغه وفي الأفعال : لو أن رجلاً قصد رجلاً بسيف والحال يدل على المزح واللعب لم يجز قتله ولو دلت الحال على الجد جاز دفعه بالقتل والغضب هاهنا يدل على قصد الطلاق فيقوم مقامه .

فصل

وإن أتى بالكناية في حال سؤال الطلاق فالحكم فيه كالحكم فيما إذا أتى بها في حال الغضب على ما فيه من الخلاف والتفصيل والوجه لذلك ما تقدم من التوجيه إلا أن المنصوص عن أحمد هاهنا أنه لا يصدق في عدم النية . قال في رواية أبي الحارث : إذا قال : لم أنوه صدق في ذلك إذا لم يكن سألته الطلاق وإن كان بينهما غضب قبل ذلك ففرق بين كونه جواباً للسؤال وكنه في حال الغضب وذلك لأن الجواب ينصرف إلى السؤال فلو قال : لي عندك دينار فقال : نعم أو

صدقت كان إقراراً به و لم يقبل منه تفسيره بغير الإقرار . فلو قال : زوجتك ابنتي أو بعتك ثوبي هذا فقال : قبلت صح وكفى و لم يحتج إلى زيادة عليه ولو أراد بالكناية حال الغضب أو سؤال الطلاق غير الطلاق لم يقع الطلاق ؛ لأنه لو أراده بالصريح لم يقع فبالكتابة أولى وإذا ادعى ذلك دين وهل يقبل في الحكم؟ فظاهر كلام أحمد في رواية أبي الحارث أنه يصدق إن كان في الغضب ولا يصدق إن كان جواباً لسؤال الطلاق ونقل عنه في موضع آخر أنه إذا قال : أنت خلية أو بريئة أو بائن و لم يكن بينهما ذكر طلاق ولا غضب صدق فمفهومه أنه لا يصدق مع وجودهما والصحيح أنه يصدق ؛ لما روى سعيد بإسناده « أن رجلاً خطب إلى قوم ، فقالوا : لا نُزوِّجُكَ حتى تُطلقَ امرأتك . فقال : قد طلقتُ ثلاثًا . فزوجوه ثم أمسكَ امرأته . فقالوا : ألم تقل إنك طلقت ثلاثًا ؟ فقال : ألم تعلموا أني تزوجتُ فلانة وطلقتُها ، ثم تزوجتُ فلانة ثم طلقتُها ، ثم تزوجتُ فلانة وطلقتُها ؟ فسئل عثمان عن ذلك فقال : له نيته»[1] .

ولأنه أمر تعتبر نيته فيه فقبل قوله فيما يحتمله كما لو كرر لفظاً وقال : أردت التوكيد .

مسألة : قال أبو عبدا لله رضي ا لله عنه : **(وإذا قال لها : أنت خليَّة ، أو أنت بريَّة ، أو أنت بائن ، أو حبلُك على غاربِك ، أو الحقي بأهلك . فهو عندي ثلاث ولكني أكره أن أُفتي به ، سواء دخل بها أو لم يدخل)** .

أكثر الروايات عن أبي عبدا لله كراهية الفتيا في هذه الكنايات مع ميله إلى[2] أنها ثلاث وحكى ابن أبي موسى في الإرشاد عنه روايتين :

إحداهما : أنها ثلاث .

والثانية : يرجع إلى ما نواه اختارها أبو الخطاب وهو مذهب الشافعي . قال : يرجع إلى ما نواه فإن لم ينو شيئاً وقعت واحدة ونحوه قال النخعي إلا أنه قال : تقع طلقة بائنة ؛ لأن لفظه يقتضي البينونة ولا يقتضي عدداً وروى حنبل عن أحمد

(١) أخرجه سعيد بن منصور في سننه (١٠١٧) ١: ٢٥٠ باب الرجل يتزوج المرأة فيدخل عليها ومعها نساء...
(٢) زيادة من المغني ٨: ٢٧١.

ما يدل على هذا فإنه قال : يزيدها في مهرها إن أراد رجعتها ولو وقع ثلاث لم يبح له رجعتها ولو لم تبن لم يحتج إلى زيادة في مهرها .

واحتج الشافعي بما روى أبو داود بإسناده « أن ركانة بن عبد يزيد طلق امرأته سُهَيْمَة البتة فأخبر النبي ﷺ بذلك وقال : والله ما أردت إلا واحدة فقال رسول الله ﷺ : آلله ما أردت إلا واحدة فقال ركانة : آلله ما أردت إلا واحدة فردها إليه رسول الله ﷺ فطلقها الثانية في زمن عمر والثالثة في زمن عثمان »[1] . قال أبو داود : هذا حديث حسن صحيح ، ورواه الشافعي والدارقطني . قال علي بن محمد الطنافسي : ما أشرف هذا الحديث .

ولأن النبي ﷺ قال لابنة الجون : « الحقي بأهلك »[2] ولم يكن النبي ﷺ ليطلق ثلاثاً وقد نهي عن ذلك .

ولأن الكنايات مع النية كالصريح فلم يقع به عند الإطلاق أكثر من واحدة كقوله : أنت طالق .

ووجه أنها ثلاث أنه قول أصحاب رسول الله ﷺ فروي عن علي وزيد وابن عمر أنها ثلاث .

قال أحمد في الخلية والبريئة والبتة : قول علي وابن عمر قول صحيح ثلاثاً .

وروى النجاد بإسناده عن نافع « أن رجلاً جاء إلى عاصم وابن الزبير فقال : إن ظِئري هذا طلق امرأته البتة قبل أن يدخل بها فهل تجدان له رخصة ؟ فقالا : لا ، ولكنا تركنا ابن عباس وأبا هريرة عند عائشة ، فسلْهُم ثم ارجع إلينا فأخبرنا . فسألهم ، فقال أبو هريرة : لا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره . وقال ابن عباس : هي ثلاث . وذكر عن عائشة متابعتهما »[3] .

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٢٢٠٦) ٢: ٢٦٣ كتاب الطلاق ، باب في البتة.
وأخرجه الدارقطني في سننه (٨٩) ٤: ٣٣ كتاب الطلاق والخلع والإيلاء وغيره.
وأخرجه الشافعي في مسنده (١١٨) ٢: ٣٨ كتاب الطلاق، باب فيما جاء في أحكام الطلاق.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٤٩٥٥) ٥: ٢٠١٢ كتاب الطلاق ، باب من طلق وهل يواجه الرجل امرأته بالطلاق.

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (١٨١٣٥) ٤: ٩٥ كتاب الطلاق ، ما قالوا في الرجل يطلق امرأته البتة.

وروى النجاد بإسناده « أن عمر جعل البتة واحدة ثم جعلها بعد ثلاث تطليقات »[1] . وهذه أقوال علماء الصحابة و لم يعرف لهم مخالف في عصرهم فكان إجماعاً .

ولأنه طلق امرأته بلفظ يقتضي البينونة فوجب الحكم بطلاق تحصل به البينونة كما لو طلق ثلاثاً أو نوى الثلاث واقتضاؤه للبينونة ظاهر في قوله : أنت بائن وكذا في قوله البتة ؛ لأن البت القطع فكأنه قطع النكاح كله ولذلك يعبر به عن الطلاق الثلاث كما قالت امرأة رفاعة : إنه طلقني فبت طلاقي وبتله هو من القطع أيضاً ولذلك قيل في مريم البتول لانقطاعها عن النكاح ونهي النبي ﷺ عن التبتل وهو الانقطاع عن النكاح بالكلية ، وكذلك الخلية والبرية يقتضيان الخلو من النكاح والبراءة منه وإذا كان للفظ معنى فاعتبره الشرع إنما يعتبر فيما يقتضيه ويؤدي معناه ولا سبيل إلى البينونة بدون الثلاث فوقعت ضرورة الوفاء بما يقتضيه لفظه ولا يمكن إيقاع واحدة بائن ؛ لأنه لا يقدر على ذلك بصريح الطلاق فكذلك بكنايته و لم يفرق بين المدخول بها وغيرها ؛ لأن الصحابة لم يفرقوا .

ولأن كل لفظة أوجبت الثلاث في المدخول بها أوجبتها في غيرها كقوله : أنت طالق ثلاثاً .

وأما حديث ركانة فإن أحمد ضعف إسناده ولذلك تركه ، وأما قوله عليه السلام لابنة الجون : « الحقي بأهلك »[2] فيدل على أن هذه اللفظة لا تقتضي الثلاث وليست من اللفظات التي قال الصحابة فيها بالثلاث ولا هي[3] مثلها فيقتصر الحكم عليها . وقولهم أن الكناية بالنية كالصريح قلنا : نعم إلا أن الصريح ينقسم إلى ثلاث تحصل بها البينونة وإلى ما دونها مما لا تحصل به البينونة فكذلك الكناية تنقسم كذلك فمنها ما يقوم مقام الصريح المحصل للبينونة وهي هذه الظاهرة ومنها ما يقوم مقام الواحدة وهو ما عداها .

---

(١) ر. ص: ٩.
(٢) سبق تخريجه ص: ٢٦.
(٣) في الأصل: وهي. وما أثبتناه من المغني ٨: ٢٧٣.

فصل

وذكر القاضي أن ظاهر كلام أحمد والخرقي أن الطلاق يقع بهذه الكنايات من غير نية وهو مذهب مالك ؛ لأنه اشتهر استعمالها فيه فلم تحتج إلى نية كالصريح ، ومفهوم كلام الخرقي أنه لا يقع إلا بنية كقوله : وإذا أتى بصريح الطلاق لزمه نواه أو لم ينوه فمفهومه أن غير الصريح لا يقع إلا بنية .

ولأن هذا كناية فلم يثبت حكمه بغير نية كسائر الكنايات .

مسألة : (**وإذا أتى بصريح الطلاق لزمه ، نواه أو لم ينوه**) .

قد ذكرنا أن صريح الطلاق لا يحتاج إلى نية بل يقع من غير قصد ؛ لأن ما يعتبر له القول يكتفي فيه به من غير نية إذا كان صريحاً فيه كالبيع وسواء قصد المزح أو الجد ؛ لقول النبي ﷺ : «ثلاث جدهن جد وهزلهن جد : النكاح والطلاق والرجعة»[1] . رواه الخمسة إلا النسائي من حديث أبي هريرة وحسنه الترمذي .

قال ابن المنذر : أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم على أن جد الطلاق وهزله سواء . وأما لفظ الفراق والسراح فينبغي على الخلاف فيه فمن جعله صريحاً أوقع به الطلاق من غير نية ومن لم يجعله صريحاً لم يوقع به الطلاق حتى ينويه ويكون بمنزلة الكنايات الخفية .

مسألة : (**ولو قيل له : ألك امرأة؟ فقال : لا وأراد الكذب لم يلزمه شيء ولو قال : قد طلقتها وأراد به الكذب لزمه الطلاق**) .

إنما لم يلزمه[2] إذا أراد به الكذب ؛ لأن قوله : ما لي امرأة كناية تفتقر إلى نية الطلاق ، وإذا نوى الكذب فما نوى الطلاق فلم يقع وهكذا لو نوى أنه ليس لي امرأة تخدمني أو ترضيني أو إني كمن لا امرأة له أو لم ينو شيئاً لم تطلق لعدم النية

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٢١٩٤) ٢: ٢٥٩ كتاب الطلاق، باب في الطلاق على الهزل.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١١٨٤) ٣: ٤٩٠ كتاب الطلاق، باب ما جاء في الجد والهزل في الطلاق.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٠٣٩) ١: ٦٥٨ كتاب الطلاق، باب من طلق أو نكح أو راجع لاعبًا. ولم أجده عند أحمد.

(٢) في الأصل: إنما يلزمه. وما أثبتناه من المغني ٨: ٢٨٤.

المشترطة في الكناية، وإن أراد بهذا اللفظ طلاقها طلقت؛ لأنها كناية صحبتها النية وبهذا قال الزهري وأبو حنيفة ومالك والشافعي؛ لأنه محتمل للطلاق؛ لأنه إذا طلقها فليست له بامرأة فأشبه قوله: أنت بائن وغيرها من الكنايات الظاهرة.

وأما إن قال: طلقتها وأراد الكذب طلقت؛ لأن لفظ الطلاق صريح يقع به الطلاق من غير نية، وإن قال: خليتها أو أبنتها افتقر إلى النية؛ لأنه كناية لا يقع به الطلاق من غير نية.

مسألة: **(وإذا وهب زوجته لأهلها فإن قبلوها فواحدة يملك الرجعة إن كانت مدخولاً بها وإن لم يقبلوها فلا شيء)**.

هذا هو المنصوص عن أحمد في هذه المسألة وبه قال ابن مسعود ومالك. وعن أحمد إن قبلوها قبلت وإن لم يقبلوها فواحدة رجعية وهذا قول زيد بن ثابت ولنا على أنها لا تطلق إذا لم يقبلوها أنه تمليك للبضع فافتقر فيه إلى القبول كقوله: اختاري وأمرك بيدك وعلى أنها لا تكون ثلاثاً أنه لفظ محتمل فلا يحمل على الثلاث عند الإطلاق كقوله: اختاري وعلى أنها رجعية أنها طلقة لمن عليها عدة بغير عوض قبل استيفاء العدد فكانت رجعية كقوله: أنت طالق وقوله: إنها واحدة محمول على ما إذا أطلق النية[1] أو نوى واحدة وأما إن نوى ثلاثاً أو اثنتين فهو على ما نوى؛ لأنها كناية غير ظاهرة فيرجع إلى نيته في عددها كسائر الكنايات، ولا بد أن ينوي بذلك الطلاق أو تكون ثم دلالة حال؛ لأنها كناية والكنايات لا بد فيها من النية[2] كذلك. قال القاضي: وينبغي أن تعتبر النية من الذي يقبل أيضاً كما تعتبر في اختيار الزوجة إذا قال لها: اختاري أو أمرك بيدك.

إذا ثبت هذا فإن صيغة القبول أن يقول أهلها قبلناها نص عليه أحمد والحكم في هبتها لنفسها أو لأجنبي كالحكم في هبتها لأهلها.

مسألة: **(وإذا قال لها: أمرك بيدك فهو بيدها وإن تطاول ما لم يفسخ أو يطأ)**.

---

(١) في الأصل: طلق البتة. وما أثبتناه من المغني ٨: ٢٨٧.
(٢) في الأصل: البتة. وما أثبتناه من المغني ٨:٢٨٧.

أما الزوج فمخير بين أن يطلق بنفسه[1] وبين أن يوكل فيـه وبـين أن يفوضـه إلى المرأة ويجعله إلى اختيارها بدليل أن النبي ﷺ خير نساءه فاخترنـه ، ومتـى جعـل أمر امرأته بيدها فهو بيدها أبداً لا يتقيد ذلك بـالمجلس . روي ذلـك عـن علـي ولا نعرف له في الصحابة مخالفاً فيكون إجماعاً .

ولأنه نوع توكيل في الطلاق فكان على التراخي كما لـو جعلـه لأجنبي فـإن رجع الزوج فيما جعل إليها أو قال : فسخت ما جعلت إليك بطـل ؛ لأنـه توكيـل فكان له الرجوع فيـه كـالتوكيل في البيع وكمـا لـو خـاطب بذلـك أجنبيـاً . وإن وطئها الزوج كان رجوعـاً ؛ لأنـه نـوع توكيـل والتصرف فيمـا وكـل فيـه يبطـل الوكالة وإن ردت المرأة ما جعل إليها بطل كما تبطل الوكالة بفسخ الوكيل .

فصل

ولا يقع الطلاق بمجرد هذا القول ما لم ينو به إيقاع طلاقها في الحال أو تطلق نفسها ومتى ردت الأمر الذي جعل إليها بطل ولم يقـع شـيء في قـول أكـثر أهـل العلم منهم ابن عمر والشافعي ؛ لأنه توكيل رده الوكيل أو تمليـك لم يقبلـه المملـك فلا يقع به شيء كسائر التوكيل والتمليـك وأمـا إن نـوى بهـذا تطليقهـا في الحـال طلقت في الحال ولم يحتج إلى قبولها كما لو قال لها : حبلك على غاربك .

مسألة : (وإن قالت : اخترت نفسي فواحدة تملك الرجعة) .

أما المملكة والمخيرة إذا قالت : اخترت نفسي فهي واحدة رجعية روي ذلـك عن عمر وابن مسعود وابن عباس وبه قال الشافعي ؛ لأنها لم تطلـق بلفـظ الثـلاث ولا نوت ذلك فلم تطلق ثلاثاً كما لو أتى الزوج بالكنايات الخفية وهذا إذا لم تنـو أكثر من واحدة فإن نوت أكثر مـن واحـدة وقـع مـا نـوت ؛ لأنهـا تملـك الثـلاث بالتصريح فتملكها بالكناية كالزوج وهكذا إن أتت بشيء من الكنايات فحكمهـا فيها حكم الزوج إن كانت ممن تقع بها الثلاث من الزوج وقع بها الثلاث إذا أتت بها ، وإن كانت من الكنايات الخفية نحو قولهـا : لا تدخـل علـيّ ونحوهـا وقـع مـا

(١) في الأصل: لنفسه. وما أثبتناه من المغني ٨: ٢٨٧.

نوت وكذلك إن جعل أمرها في يد أجنبي فأتى بهذه الكنايات لا يقع شيء حتى ينوي الوكيل الطلاق ثم إن طلق بلفظ صريح ثلاثاً أو بكناية ظاهرة طلقت ثلاثاً وإن كان بكناية خفية نحو : ذوقي واذهبي وتجرعي واعتدي واستبرئي رحمك وانكحي من شئت وحللت للأزواج وقع ما نواه .

وقوله : أمرك بيدك واختاري نفسك كناية في حق الزوج تفتقر إلى نية أو دلالة حال كما في سائر الكنايات فإن عدما لم يقع بها طلاق ؛ لأنه ليس بصريح وإنما هو كناية فيفتقر إلى ما يفتقر إليه سائر الكنايات وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وهو أيضاً كناية في حق المرأة إن قبلته بلفظ الكناية وبهذا قال الشافعي ؛ لأنها موقعة للطلاق بلفظ الكناية فافتقر إلى نيتها كالزوج .

مسألة : **(وإن طلقت نفسها ثلاثاً وقال : لم أجعل إليها إلا واحدة لم يلتفت إلى قوله والقضاء ما قضت)** .

وممن قال القضاء ما قضت عثمان وابن عمر وابن عباس ويروى ذلك عن علي . قال القاضي : ونقل عبدالله عن أحمد ما يدل على أنه إذا نوى واحدة فهي واحدة ؛ لأنه نوع تخيير فيرجع إلى نيته فيه كقوله : اختاري .

ووجه قول الخرقي : أنه لفظ يقتضي العموم في جميع أمرها ؛ لأنه اسم جنس مضاف فيتناول الطلقات الثلاث كما لو قال : طلقي نفسك ما شئت ولا يقبل قوله : أردت واحدة ؛ لأنه خلاف ما يقتضيه اللفظ ولا يدين في هذا ؛ لأنه من الكنايات الظاهرة والكنايات الظاهرة تقتضي ثلاثاً .

مسألة : **(وكذلك الحكم إن جعله في يد غيرها)** .

أما إذا جعل أمر امرأته بيد غيرها صح وحكمه حكم ما لو جعله في يدها في أنه بيده في المجلس وبعده ووافق الشافعي في حق غيرها ؛ لأنه توكيل وسواء قال له : أمر امرأتي بيدك أو قال : جعلت لك الخيار في طلاق امرأتي أو قال : طلق امرأتي ؛ لأنه توكيل مطلق فكان على التراخي كالتوكيل في البيع .

إذا ثبت هذا فإن له أن يطلقها ما لم يفسخ أو يطأ وله أن يطلق واحدة وثلاثاً كالمرأة ، وليس له أن يجعل الأمر إلا بيد من يجوز توكيله وهو العاقل وأما الطفل

والمجنون فلا يصح أن يجعل الأمر بأيديهم فإن فعل فطلق واحد منهم لم يقع طلاقه ؛ لأنهما ليسا من أهل التصرف فلم يصح تصرفهما كما لو وكلهما في العتق .

مسألة : **(ولو خيرها فاختارت فرقته من وقتها وإلا فلا خيار لها)** .

أكثر أهل العلم على أن التخيير على الفور إن اختارت في وقتها وإلا فلا خيار لها بعده . روي ذلك عن عمر وعثمان وابن مسعود وجابر وبه قال أبو حنيفة وأصحابه ومالك والشافعي ؛ لأنه خيار تمليك فكان على الفور كخيار القبول .

ولأنه قول من سمينا من الصحابة ثبت ذلك عنهم بنقل صحيح ولا نعرف في الصحابة مخالفاً لهم فكان إجماعاً .

وقوله : في وقتها أي عقيب كلامه ما لم يخرجا عن الكلام الذي كانا فيه إلى غير ذكر الطلاق وإن تشاغلا بكلام غيره بطل خيارها وهذا مذهب أبي حنيفة ؛ لأنه تمليك مطلق تأخر قبوله عن أول حال الإمكان فلم يصح كما لو قامت من مجلسها فإن قام أحدهما عن المجلس قبل اختيارها بطل خيارها .

مسألة : **(وليس لها أن تختار أكثر من واحدة إلا أن يجعل إليها أكثر من ذلك)** .

أما لفظة التخيير فلا يقتضي بمطلقها أكثر من تطليقة رجعية . قال أحمد : هذا قول ابن عمر وابن مسعود وزيد ابن ثابت وعمر وعائشة وروي ذلك عن جابر وعبدا لله بن عمرو قالوا : إن اختارت نفسها فهي واحدة وهو أحق بها .

ولأن قوله : اختاري تفويض مطلق فيتناول أقل ما يقع عليه الاسم وذلك طلقة واحدة وإنما كانت رجعية ؛ لأنها طلقة بعد الدخول بغير عوض لم يكمل بها العدد فأشبه ما لو طلقها واحدة ويخالف قوله : أمرك بيدك فإنه للعموم ؛ لأنه اسم جنس مضاف فيتناول جميع أمرها لكن إن جعل الزوج إليها أكثر من ذلك فلها ما جعل إليها سواء جعله بلفظه مثل أن يقول : اختاري ما شئت واختاري الطلقات الثلاث فلها أن تختار ذلك فإن قال : اختاري من الثلاث ما شئت فلها أن تختار واحدة أو اثنتين وليس لها اختيار الثلاث بكمالها ؛ لأن من للتبعيض فقد جعل لها

اختيار بعض الثلاث فلا يكون لها اختيار الجميع أو جعله لها بنيته وهو أن ينوي بقوله : اختاري عدداً فإنه يرجع إلى ما نواه ؛ لأن قوله : اختاري كناية خفية فيرجع في قدر ما يقع بها إلى نيته كسائر الكنايات الخفية فإن نوى ثلاثاً أو اثنتين أو واحدة فهو على ما نوى وإن أطلق النية فهي واحدة وإن نوى ثلاثاً فطلقت أقل منها وقع ما طلقته ؛ لأنه يعتبر قولهما جميعاً فيقع ما اجتمعا عليه كالوكيلين إذا طلق واحد منهما واحدة والآخر ثلاثاً .

فصل

وإن خيرها فاختارت زوجها أو ردت الخيار أو الأمر لم يقع شيء نص عليه أحمد في رواية الجماعة وروي هذا عن عمر وعلي وزيد وابن مسعود وابن عباس وبه قال الشافعي وروى إسحاق بن منصور عن أحمد : أنها واحدة رجعية روي هذا عن علي أيضاً . قال أبو بكر : انفرد بهذا إسحاق بن منصور عن أحمد والعمل على ما رواه الجماعة .

ووجه هذه الرواية أن التخيير كناية نوي بها الطلاق فوقع بها بمجردها كسائر كناياته وكقوله : انكحي من شئت .

ووجه الأول وهو أصح ؛ لقول عائشة : « خيَّرَنا رسول الله ﷺ فاخترناه فلم يَعُدَّها شيئاً »[1] رواه الجماعة .

وفي رواية قالت : « لما أمر رسول الله ﷺ بتخيير زوجاته بدأ بي فقال : إني ذاكر لك أمراً فلا عليك أن لا تعجلي حتى تستأمري أبويك وقد علم أن أبوي لم يكونا ليأمراني بفراقه قالت : ثم قال : إن الله عز وجل قال لي : ﴿يا أيها النبي قل

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٤٩٦٢) ٥: ٢٠١٥ كتاب الطلاق ، باب من خير أزواجه.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٤٧٧) ٢: ١١٠٤ كتاب الطلاق، باب بيان أن تخيير امرأته لا يكون طلاقاً إلا بالنية.
وأخرجه أبو داود في سننه (٢٢٠٣) ٢: ٢٦٢ كتاب الطلاق، باب في الخيار.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١١٧٩) ٣: ٤٨٣ كتاب الطلاق، باب ما جاء في الخيار.
وأخرجه النسائي في سننه (٣٤٤٥) ٦: ١٦١ كتاب الطلاق ، باب في المخيرة تختار زوجها.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٠٥٢) ١: ٦٦١ كتاب الطلاق، باب الرجل يخير امرأته.
وأخرجه أحمد في مسنده (٢٣٦٨٨) طبعة إحياء التراث.

لأزواجك إن كنتن تردن الحياة الدنيا . . . الآية﴾ [الأحزاب :٢٨] ﴿وإن كنتن تردن الله ورسوله والدار الآخرة﴾ [الأحزاب :٢٩] قلت : أفي هذا أستأمر أبوي فإني أريد الله ورسوله والدار الآخرة ثم فعل أزواج رسول الله ﷺ مثل ما فعلت »[1] رواه الجماعة إلا أبا داود .

قال مسروق : ما أبالي خيرت امرأتي واحدة أو مائة أو ألفاً بعد أن تختارني .

ولأنها مخيرة اختارت النكاح فلم يقع بها طلاق كالمعتقة تحت عبد .

وأما إن قالت : اخترت نفسي افتقر إلى نيتها ؛ لأنه لفظ كناية منها فإن نوى أحدهما دون الآخر لم يقع ؛ لأن الزوج إذا لم ينو فما فوض إليها الطلاق فلا يصح أن يوقعه وإن نوى و لم تنو هي فقد فوض إليها الطلاق فما أوقعته فلم يقع شيء كما لو وكل وكيلاً في الطلاق فلم يطلق وإن نويا جميعاً وقع ما نواه من العدد إن اتفقا عليه ، وإن نوى أحدهما أقل من الآخر وقع الأقل ؛ لأن ما زاد انفرد به أحدهما فلم يقع .

مسألة : **(وإذا طلق بلسانه واستثنى شيئاً بقلبه وقع الطلاق ولم ينفعه الاستثناء)** .

أما ما يتصل باللفظ من قرينة أو استثناء فعلى ثلاثة أضرب :

الأول : ما لا يصح نطقاً ولا نية وذلك نوعان :

أحدهما : ما يرفع حكم اللفظ كله مثل أن يقول : أنت طالق ثلاثاً إلا ثلاثاً أو أنت طالق طلقة لا تلزمك أو لا تقع عليك فهذا لا يصح بلفظه ولا نيته ؛ لأنه

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٤٥٠٨) ٤: ١٧٩٦ كتاب التفسير، باب ﴿وإن كنت تردن الله ورسوله والدار الآخرة فإن الله أعد للمحسنات منكن أجرًا عظيما﴾.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٤٧٥) ٢: ١١٠٣ كتاب الطلاق، باب بيان أن تخيير امرأته لا يكون طلاقًا إلا بالنية.
وأخرجه الترمذي في جامعه (٣٢٠٤) ٥: ٣٥٠ كتاب تفسير القرآن، باب ومن سورة الأحزاب.
وأخرجه النسائي في سننه (٣٤٣٩) ٦: ١٥٩ كتاب الطلاق ، باب التوقيت في الخيار.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٠٥٣) ١: ٦٦٢ كتاب الطلاق، باب الرجل يخير امرأته.
وأخرجه أحمد في مسنده (٢٥٥٧٧) طبعة إحياء التراث.

يرفع حكم اللفظ كله فيصير الجميع لغواً فلا يصح هذا في اللغة بالاتفاق وإذا كان كذلك سقط الاستثناء والصفة ووقع الطلاق .

الضرب الثاني : ما يقبل لفظاً ولا يقبل نية لا في الحكم ولا فيما بينه وبين الله تعالى وهو استثناء الأقل فهذا يصح لفظاً ؛ لأنه من لسان العرب ولا يصح بالنية مثل أن يقول : أنت طالق ثلاثاً ويستثني بقلبه إلا واحدة أو أكثر فهذا لا يصح ؛ لأن العدد نص فيما يتناوله لا يحتمل غيره فلا يرتفع بالنية ما ثبت بنص اللفظ فإن اللفظ أقوى من النية ، ولو نوى بالثلاث اثنتين كان مستعملاً للفظ في غير ما يصلح له فوقع مقتضى اللفظ ولغت نيته .

الضرب الثالث : ما يصح نطقاً وإذا نواه دين فيما بينه وبين الله تعالى وذلك مثل تخصيص اللفظ العام أو استعمال اللفظ في مجازه مثل قوله : نسائي طوالق يريد بعضهن أو ينوي بقوله : طالق أي من وثاقي فهذا يقبل إذا كان لفظاً وجهاً واحداً ؛ لأنه وصل كلامه بما بيَّن مراده ، وإن كان بنيته قبل فيما بينه وبين الله ؛ لأنه أراد تخصيص اللفظ العام واستعماله في الخصوص وهذا سائغ في اللغة شائع في الكلام فلا يمنع من استعماله والتكلم به ويكون اللفظ بنيته منصرفاً إلى ما أراده دون ما لم يرده ، وهل يقبل ذلك في الحكم ؟ يخرج على روايتين :

إحداهما : يقبل ؛ لأنه فسر كلامه بما يحتمله فصح كما لو قال : أنت طالق أنت طالق وأراد بالثانية إفهامها .

والثانية : لا يقبل ؛ لأنه خلاف الظاهر وهو مذهب الشافعي ، ومن شرط هذا أن تكون النية مقارنة للفظ وهو أن يقول : نسائي طوالق يقصد بهذا اللفظ بعضهن ، وأما إن كانت النية متأخرة عن اللفظ فقال : نسائي طوالق ثم بعد فراغه نوى بعضهن لم تنفعه النية ووقع الطلاق بجميعهن وكذلك لو طلق نساءه ونوى بعد طلاقهن أي من وثاقي لزمه الطلاق ؛ لأنه مقتضى اللفظ والنية الأخيرة نية مجردة لا لفظ معها فلا تعمل .

فصل

وقول الخرقي : واستثنى شيئاً بقلبه يدل بمفهومه على أنه إذا استثنى بلسانه صح ولم يقع ما استثناه وهو قول جملة أهل العلم .

قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الرجل إذا قال لامرأته : أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة أنها تطلق طلقتين ، وحكي عن أبي بكر أن الاستثناء لا يؤثر في عدد الطلقات ويجوز في المطلقات فإن قال : أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة وقع الثلاث ولو قال : نسائي طوالق إلا فلانة لم تطلق ؛ لأن الطلاق لا يمكن رفعه بعد إيقاعه والاستثناء يرفعه لو صح ، وما ذكره من التعليل باطل بما سلمه من الاستثناء في المطلقات ، وليس الاستثناء رفعاً لما وقع إذ لو كان كذلك لما صح في المطلقات ولا الإعتاق ولا في الإقرار ولا الإخبار وإنما هو مبين أن المستثنى غير مراد بالكلام فهو يمنع أن يدخل فيه ما لولاه لدخل فقوله : ﴿فلبث فيهم ألف سنة إلا خمسين عامًا﴾ [العنكبوت :١٤] عبارة عن تسعمائة وخمسين فكذلك قوله : أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة عبارة عن اثنتين لا غير وحرف الاستثناء المستولى عليه إلا ويشبه به أسماء وأفعال وحروف فالأسماء غير وسوى والأفعال ليس ولا يكون وعدا والحروف حاشا وخلا فبأي كلمة استثنى صح الاستثناء .

مسألة : **(وإذا قال لها : أنت طالق في شهر كذا لم تطلق حتى تغيب شمس اليوم الذي يلي الشهر المشترط)** .

أما إذا قال : أنت طالق في شهر عينه كشهر رمضان وقع الطلاق في أول جزء من الليلة الأولى منه وذلك حين تغرب الشمس من آخر يوم من الشهر الذي قبله وهو شهر شعبان وبهذا قال أبو حنيفة ؛ لأنه جعل الشهر ظرفاً للطلاق فإذا وجد ما يكون ظرفاً له طلقت كما لو قال : إذا دخلت الدار فأنت طالق فإذا دخلت أول جزء منها طلقت ولا يمنع من وطء زوجته قبل الحنث وكذلك كل يمين على فعل يفعله لا يمنع من الوطء قبل فعله ؛ لأن طلاقه لم يقع فلا يمنع من الوطء لأجل اليمين ؛ كما لو حلف لا فعلت كذا .

مسألة : (**وإذا قال : إذا طلقتك فأنت طالق فإذا طلقها لزمها اثنتان إذا كانت مدخولاً بها وإن كانت غير مدخول بها لزمته واحدة**) .

أما إذا قال لمدخول بها : إذا طلقتك فأنت طالق ثم قال : أنت طالق وقت واحدة بالمباشرة وأخرى بالصفة ؛ لأنه جعل تطليقها شرطاً لوقوع طلاقها فإذا وجد الشرط وقع الطلاق ، وإن كانت غير مدخول بها بانت بالأولى و لم تقع الثانية ؛ لأنها لا عدة عليها ولا يمكن رجعتها فلا يقع طلاقها إلا بائناً فلا يقع الطلاق ببائن .

فصل

فإن قال : عنيت بقولي هذا أنك تكونين طالقاً بما أوقعته عليك و لم أرد إيقاع طلاق سوى ما باشرتك به دين ، وهل يقبل في الحكم ؟ يخرج على روايتين :

إحداهما : لا يقبل وهو مذهب الشافعي ؛ لأنه خلاف الظاهر إذ الظاهر أن هذا تعليق للطلاق بشرط الطلاق .

ولأن إخباره إياها بوقوع طلاقه بها لا فائدة فيه .

والثاني : يقبل ؛ لأنه يحتمل ما قال فقبل كما لو قال لها : أنت طالق أنت طالق وقال : أردت بالثانية التوكيد أو إفهامها .

مسألة : (**وإذا قال : إن لم أطلقك فأنت طالق ولم ينو وقتاً ولم يطلقها حتى مات أو ماتت وقع الطلاق بها في آخر أوقات الإمكان**) .

أما حرف "إن" فموضوع للشرط لا يقتضي زمناً ولا يدل عليه إلا من حيث أن الفعل المعلق به من ضرورته الزمان وما حصل ضرورة لا يتقيد بزمن معين ولا يقتضي تعجيلاً فما علق عليه كان على التراخي ، وسواء في ذلك الإثبات والنفي .

فعلى هذا إذا قال : إن لم أطلقك فأنت طالق و لم ينو وقتاً و لم يطلقها كان ذلك على التراخي و لم يحنث بتأخيره ؛ لأن كل وقت يمكن أن يفعل ما حلف عليه فلم يفت الوقت فإذا مات أحدهما علمنا حنثه حينئذ ؛ لأنه لا يمكن إيقاع الطلاق بها بعد موت أحدهما فتبين أنه وقع إذا لم يبق من حياته ما يتسع لتطليقها وبهذا

قال أبو حنيفة والشافعي ولا نعلم فيه بين أهل العلم خلافاً . وأما إن عين وقتاً بلفظه أو بنيته أو قرينة كالفورية تعين وتعلقت يمينه به ؛ لأن الزمان المحلوف على ترك الفعل فيه تعين بنيته وإرادته فصار كالمصرح به في لفظه فإن مبنى الأيمان على النية ؛ لقول النبي ﷺ : « وإنما لامرئ ما نوى »[1] .

فصل

إذا كان المعلق طلاقاً بائناً فمات لم يرثها ؛ لأن طلاقه أبانها منه فلم يرثها كما لو طلقها ناجزاً عند موتها ، وإن مات ورثته . نص عليه أحمد في رواية أبي طالب ؛ لأنها تطلق في آخر حياته فأشبه طلاقه لها في تلك الحال . ويتخرج لنا أنها لا ترثه أيضاً ؛ لأنه إنما طلقها في صحته وإنما تحقق شرط وقوعه في المرض فلم ترثه كما لو علقه على فعلها ففعلته في مرضه .

ووجه الأول : أنه طلاق في مرض موته فمنعه ميراثها ولم يمنعها كما لو طلقها ثلاثاً .

ولأن الزوج أخر الطلاق اختياراً منه حتى وقع ما علق عليه في مرضه فصار كالمباشرة له .

فصل

إذا حلف ليفعلن شيئاً ولم يعين له وقتاً بلفظه ولا نيته فهو على التراخي أيضاً فإن لفظه مطلق بالنسبة إلى الزمان كله فلا يتقيد بدون تقييده ولذلك لما قال الله تعالى في الساعة : ﴿قل بلى وربي لتأتينكم﴾ [سبأ :٣] وقال تعالى : ﴿قل بلى وربي لتبعثن ثم لتنبؤن بما عملتم﴾ [التغابن :٧] كان ذلك على التراخي . ولما قال تعالى : ﴿لتدخلن المسجد الحرام إن شاء الله آمنين﴾ [الفتح :٢٧] كان على التراخي فإن الآية أنزلت في يوم الحديبية في سنة ست وتأخر الفتح إلى سنة ثمان وكذلك روي عن عمر أنه قال : « قلت للنبي ﷺ : أوليس كنت تحدثنا أنا سنأتي البيت ونطوف

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (١) ١: ٣ بدء الوحي، باب كيف كان بدء الوحي إلى رسول الله ﷺ.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٩٠٧) ٣: ١٥١٥ كتاب الإمارة، باب قوله ﷺ: « إنما الأعمال بالنية ».

به ؟ قال : بلى . فأخبرتك أنك آتيه العام ؟ قلت : لا . قال : فإنك آتيه ومتطوف به »[1] . وهذا مما لا خلاف فيه .

مسألة : (**وإن قال : كلما أطلقك فأنت طالق لزمتها الثلاث إن كانت مدخولاً بها**) .

إنما كان كذلك ؛ لأن كلما تقتضي التكرار قال الله تعالى : ﴿كلما جاء أمة رسولها كذبوه﴾ [المؤمنون :٤٤] وقال : ﴿كلما دخلت أمة لعنت أختها﴾ [الأعراف :٣٨] فيقتضي تكرار الطلاق تكرار[2] الصفة والصفة عدم تطليقه لها ، فإذا مضى زمن يمكن أن يطلقها فيه فلم يطلقها فقد وجدت الصفة ، فيقع واحدة وتتبعها الثانية والثالثة إن كانت مدخولاً بها ، وإن لم تكن مدخولاً بها بانت بالأولى و لم يلزمها ما بعدها ؛ لأن البائن لا يلحقها طلاق وأما إن قال : إذا لم أطلقك فأنت طالق أو متى لم أطلقك فأنت طالق أو أي وقت لم أطلقك فأنت طالق فإنها تطلق واحدة ولا يتكرر إلا على قول أبي بكر في متى فإنه يراها للتكرار فيتكرر الطلاق بها مثل كلما إلا أن متى وأي يقتضيان الطلاق على الفور فمتى مضى زمن يمكن أن يطلقها فيه و لم يطلقها طلقت في الحال وأما إذا ففيها وجهان :

أحدهما : هي على الفور ؛ لأنها اسم وقت فهي كمتى .

والثاني : أنها على التراخي ؛ لأنها كثر استعمالها في الشرط فهي كإن .

فعلى هذا إذا قال : لم أطلقك فأنت طالق و لم ينو وقتاً لم تطلق إلا في آخر جزء من حياة أحدهما ، وإن قال : متى لم أحلف بطلاقك فأنت طالق أو أي وقت لم أحلف بطلاقك فأنت طالق وكرره ثلاثاً متواليات طلقت مرة واحدة ؛ لأنه لم يحنث في المرة الأولى ولا الثانية لكونه حلف عقيبهما وحنث في الثالثة وإن

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٥٨١) ٢: ٩٧٩ كتاب الشروط، باب الشروط في الجهاد والمصالحة مع أهل الحرب وكتابة الشروط.

(٢) في الأصل: تكرير وما أثبتناه من المغني ٨: ٣٥٢.

سكت بين كل يمينين سكوتاً يمكنه الحلف فيه طلقت ثلاثاً وإن قال ذلك بلفظة إذا وقلنا هي على الفور فهي كمتى وإلا لم تطلق إلا واحدة في آخر حياة أحدهما .

مسألة : (**وإذا قال لها : أنت طالق إذا قدم فلان فقدم بـه مكرهـاً أو ميتـاً لم تطلق**) .

أما إذا قدم به مكرها أو ميتاً محمولاً فلا تطلق ؛ لأنه لم يقدم إنما قدم به وهـذا قول الشافعي ، ونقل عن أبي بكر أنه يحنث ؛ لأن الفعل ينسب إليه ولذلك يقـال : دخل الطعام البلد إذا حمل إليه ، ولو قال : أنت طالق إذا دخل الطعام البلـد طلقـت إذا حمل إليه .

والأول أصح ؛ لأن الفعل ليس منه والفعل لا ينسب إلى غـير فاعلـه إلا مجـازاً والكلام عند إطلاقه لحقيقته إذا أمكن ، وأما الطعـام فـلا يمكـن وجـود الفعـل منـه حقيقة فتعين حمل الدخول فيه على مجازه ، وأما إن قدم بنفسـه لإكـراه فعلـى قـول الخرقي لا يحنث وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي . وقـال أبـو بكـر : يحنـث وحكاه عن أحمد ؛ لأن الفعل منه حقيقة وينسب إليـه . قـال الله تعـالى : ﴿وسيق الذين كفروا إلى جهنم زمراً حتى إذا جاؤها﴾ [الزمر :٧١] ويصح أمر المكره بـالفعل قال الله : ﴿فادخلوا أبواب جهنم﴾ [النحل :٢٩] ولولا أن الفعل يتحقق منه لما صح أمره به . ووجـه الأول أنـه بـالإكراه زال اختيـاره فـإذا وجـدت الصفـة منـه كـان كوجود الطلاق منه مكرهاً وهـذا فيمـا إذا أطلـق وإن كـانت لـه نيـة حمـل عليهـا كلامه وتقيد بها .

فصل

وإن قدم مختاراً حنث الحالف سواء علم القـادم بـاليمين أو جهلهـا . قـال أبـو بكر الخلال : يقع الطلاق قولاً واحداً . وقال ابـن حـامد : إن كـان القـادم ممـن لا يمتنع من القدوم بيمينه كالسلطان والحاج والرجل الأجنبي حنث الحالف ولا يعتـبر علمه ولا جهله ، وإن كان ممن يمتنع باليمين من القدوم كقرابـة لهمـا أو لأحدهمـا أو غلام لأحدهما فجهل اليمين أو نسيها فـالحكم فيـه كمـا لـو حلـف علـى فعـل

نفسه ففعله جاهلاً أو ناسياً وفي ذلك روايتان كذلك هاهنا وذلك لأنه إذا لم يكن ممن تمنعه اليمين كان تعليقاً للطلاق على صفة و لم يكن يميناً فأشبه ما لو علقه على طلوع الشمس ، وإن كان ممن يمتنع كان يميناً ويعذر فيها بالنسيان والجهل وينبغي أن تعتبر على هذا القول نية الحالف وقرائن أحواله الدالة على قصده فإن كان قصده بيمينه منع القادم من القدوم كان يميناً وإن كان قصده جعله صفة[1] في طلاقها مطلقة لم يكن يميناً ويستوي فيه علم القادم وجهله ونسيانه وجنونه وإفاقته مثل أن يقصد طلاقها إذا حصل معها محرمها ولا يطلقها وحدها وتعتبر قرائن الأحوال فمتى علق اليمين على قدوم غائب بعيد يعلم أنه لا يعلم اليمين ولا يمتنع بها أو على فعل صغير أو مجنون أو من لا يمتنع بها لم تكن يميناً ، وإن علق ذلك على فعل حاضر يعلم بيمينه ويمتنع لأجلها عن فعل[2] ما علق الطلاق عليه كان يميناً ومتى أشكلت الحال فينبغي أن يقع الطلاق ؛ لأن لفظه يقتضي وقوع عند وجود هذه الصفة على العموم وإنما ينصرف عن ذلك بدليل فمتى شككنا في الدليل المحض وجب العمل بمقتضى العموم .

مسألة : (**وإذا قال لمدخول بها : أنت طالق أنت طالق لزمه تطليقتان إلا أن يكون أراد بالثانية إفهامها أن قد وقعت بها الأولى فيلزمه واحدة وإن كانت غير مدخول بها بانت بالأولى ولم يلزمها ما بعدها ؛ لأنه ابتداء كلام**) .

أما إذا قال لامرأته المدخول بها : أنت طالق مرتين ونوى بالثانية إيقاع طلقة ثانية وقعت بها طلقتان بغير خلاف ، وإن نوى بها إفهامها أن الأولى قد وقعت بها أو التأكيد لم تطلق إلا واحدة وإن لم تكن له نية وقع طلقتان وبه قال أبو حنيفة ومالك وهو الصحيح من قولي الشافعي ، وقال في الآخر : تطلق واحدة ؛ لأن التكرار يكون للتأكيد والإفهام ويحتمل الإيقاع فلا توقع طلقة بالشك .

ولنا أن هذا اللفظ للإيقاع ويقتضي الوقوع بدليل ما لو لم يتقدمه مثله وإنما ينصرف عن ذلك بنية التأكيد والإفهام فإذا لم يوجد ذلك وقع مقتضاه كما يجب

---

(١) زيادة من المغني ٨: ٣٩٧.
(٢) في الأصل: ولا يمتنع لأجلها من فعل . وما أثبتناه من المغني ٨: ٣٩٧.

العمل بالعموم في العام إذا لم يوجد المخصص وبالإطلاق في المطلق إذا لم يوجد المقيد، وأما غير المدخول بها فلا تطلق إلا طلقة واحدة سواء نوى الإيقاع أو غيره وسواء قال ذلك منفصلاً أو متصلاً وبه قال أبو حنيفة وأصحابه والشافعي؛ لأنه طلاق مفرق في غير المدخول بها فلم تقع الأولى كما لو فرق كلامه.

ولأن غير المدخول بها تبين بطلقة؛ لأنه لا عدة عليها فتصادفها الطلقة الثانية بائناً فلم يمكن وقوع الطلاق بها؛ لأنها غير زوجة وإنما تطلق الزوجة.

ولأنه قول علي وابن مسعود وزيد ولا نعلم لهم مخالفاً فيكون إجماعاً.

مسألة: **(وإذا قال لغير مدخول بها: أنت طالق وطالق وطالق لزمه الثلاث؛ لأنه نسق وهو مثل قوله: أنت طالق ثلاثاً)**.

وبهذا قال الليث والأوزاعي ومالك وربيعة وابن أبي ليلى وحكي عن الشافعي في القديم ما يدل عليه وعن أحمد: لا يقع إلا واحدة وبه قال أبو حنيفة والشافعي؛ لأنه أوقع الأولى قبل الثانية فلم يقع عليها شيء آخر كما لو فرقها.

والأول المذهب؛ لأن الواو يقتضي الجمع ولا ترتيب فيها فيكون موقعاً للثلاث جميعاً فيقعن عليها كقوله: أنت طالق ثلاثاً أو طلقة معها طلقتان، ويفارق ما إذا فرقها فإنها لا تقع جميعاً وكذلك إذا عطف بعضها على بعض بحرف يقتضي الترتيب فإن الأولى تقع قبل الثانية بمقتضى إيقاعه وهاهنا لا تقع الأولى حين نطقه بها حتى يتم كلامه بدليل أنه لو ألحقه استثناء أو شرطاً أو صفة لحق به ولم يقع الأول مطلقاً ولو كان يقع حين نطقهم لم يلحقه شيء من ذلك.

إذا ثبت أنه يقف وقوعه على تمام الكلام فإنه يقع عند تمام كلامه على الوجه الذي اقتضاه لفظه، ولفظه يقتضي وقوع الطلقات الثلاث مجتمعات وهو معنى قول الخرقي لأنه نسق أي غير مفرق. فإن قيل: إنما وقف أول الكلام على الشرط مع آخره والاستثناء لأنه مغير له والعطف لا يغير فلا يقف عليه ونتبين أنه وقع أول ما لفظ به وكذلك لو قال لها: أنت طالق أنت طالق لم يقع إلا واحدة قلنا: ما لم يتم الكلام فهو عرضة للتغيير إما بما يخصه بزمن أو يقيده بقيد كالشرط وإما ما يمنع بعضه كالاستثناء وإما بما يبين عدد الواقع كالصفة بالعدد وأشباه هذا فيجب

أن يكون واقفاً ولولا ذلك لما وقع بغير المدخول بها ثلاث بحال ؛ لأنه لو قال لها : أنت طالق ثلاثاً فوقعت بها واحدة قبل قوله ثلاثاً لم يمكن أن يقع بها شيء آخر ، وأما إذا قال : أنت طالق أنت طالق فهاتان جملتان لا تتعلق إحداهما بالأخرى ولو تعقب أحدهما شرط أو استثناء أو صفة لم تتناول الأخرى فلا وجه لوقوف إحداهما على الأخرى والمعطوف مع المعطوف عليه شيء واحد لو تعقبه شرط لعاد إلى الجميع .

ولأن المعطوف لا يستقل بنفسه ولا يفيد بمفرده بخلاف قوله : أنت طالق فإنها جملة مفيدة لا تعلق لها بالأخرى فلا يصح قياسها عليها .

مسألة : **(وإذا طلق ثلاثاً وهو ينوي واحدة فهي ثلاث)** .

أما إذا قال الرجل لامرأته أنت طالق ثلاثاً فهي ثلاث وإن نوى واحدة لا نعلم فيه خلافاً ؛ لأن اللفظ صريح في الثلاث والنية لا تعارض الصحيح ؛ لأنها أضعف من اللفظ ولذلك لا تعمل بمجردها والصريح قوي يعمل بمجرده من غير نية فلا يعارض القوي بالضعيف كما لا يعارض النص بالقياس .

ولأن النية إنما تعمل في صرف اللفظ إلى بعض محتملاته والثلاث نص فيها لا يحتمل الواحدة بحال فإذا نوى واحدة فقد نوى ما لا يحتمله فلا يصح كما لو قال : له علي ثلاثة دراهم وقال : أردت واحداً .

مسألة : **(وإن طلق واحدة وهو ينوي ثلاثاً فهي واحدة)** .

أما إذا قال : أنت طالق واحدة ونوى الثلاث لم يقع إلا واحدة ؛ لأن لفظه لا يحتمل أكثر منها فإذا نوى ثلاثاً فقد نوى ما لا يحتمله لفظه فلو وقع أكثر من ذلك لوقع بمجرد النية ومجرد النية لا يقع بها طلاق ، وإن قال : أنت طالق ونوى ثلاثاً ففيه روايتان :

إحداهما : لا يقع إلا واحدة وهو قول الحسن وأبي حنيفة وأصحابه ؛ لأن هذا اللفظ لا يتضمن عدداً ولا بينونة فلم تقع به الثلاث كما لو قال : أنت طالق واحدة ، بيانه أن قوله : أنت طالق إخبار عن صفة هي عليها فلم تتضمن العدد كقوله قائمة وحائض وطاهر والرواية الثانية : إذا نوى ثلاثاً وقع الثلاث وهو قول

مالك والشافعي ؛ لأنه لفظ لو قرن به لفظ الثلاث كان ثلاثاً فإذا نوى بـه الثـلاث كان ثلاثاً كالكنايات .

ولأنه نوى بلفظه ما يحتمله فوقع ذلك به كالكناية وبيان احتمال اللفظ للعدد أنه يصح تفسيره به فيقول : أنت طالق ثلاثاً .

ولأن قوله : طالق اسم فاعل واسم الفاعل يقتضي المصدر كما يقتضيه الفعـل والمصدر يقع على القليل والكثير ، وفارق قوله : أنت حائض وطاهر ؛ لأن الحيـض والطهر لا يمكن تعدده في حقها والطلاق يمكن تعدده .

وإن قال : أنت طالق ثلاثاً ونوى ثلاثاً وقـع ؛ لأنـه صرح بـالمصدر والمصـدر يقع على القليل والكثير فقد نوى بلفظه ما يحتملـه وإن نـوى واحـدة فهـي واحـدة وإن أطلق فهي واحدة ؛ لأنها اليقين . وا لله أعلم .

باب الطلاق بالحساب

قال أبو القاسم رحمه الله : **(وإذا قال لها : نصفك طالق أو يدك أو عضو من أعضائك طالق أو قال لها : أنت طالق نصف تطليقة أو ربع تطليقة وقعت بها واحدة)** .

في هذه المسألة حكمان :

الأول : أنه إذا طلق جزءاً منها .

والثاني : إذا طلق جزءاً من طلقة فأما الأول فإنه متى طلق من المرأة جزءاً من أجزائها الثابتة طلقت كلها ، سواء كان جزءاً شائعاً كنصفها أو سدسها أو جزءاً من ألف جزء منها أو جزءاً معيناً كيدها أو رأسها أو إصبعها وهذا قول الحسن ومذهب الشافعي وابن القاسم صاحب مالك ؛ لأنه أضاف الطلاق إلى جزء ثابت استباحه بعقد النكاح فأشبه الجزء الشائع والأعضاء الخمسة .

ولأنها جملة لا تتبعض في الحل والحرمة وجد فيها ما يقتضي التحريم والإباحة فغلب فيها حكم التحريم كما لو اشترك مسلم ومجوسي في قتل صيد .

الحكم الثاني : إذا طلقها نصف تطليقة أو جزءاً منها ، وإن قل فإنه يقع بها طلقة كاملة في قول عامة أهل العلم إلا داود قال : لا تطلق بذلك . قال ابن المنذر : أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم على أنها تطلق بذلك ؛ لأن ذكر بعض ما لا يتبعض في الطلاق ذكر لجميعه كما لو قال : نصفك طالق .

مسألة : **(وإن قال لها : شعرك أو ظفرك طالق لم تطلق ؛ لأن الشعر والظفر يزولان ويخرج غيرهما فليس هما كالأعضاء الثابتة)** .

وبهذا قال أبو حنيفة وأصحابه وفيه وجه لأصحابنا أنها تطلق بذلك وبه قال مالك والشافعي ؛ لأنه جزء يستباح بنكاحها فتطلق بطلاقه كالإصبع .

والأول المذهب ؛ لأنه جزء ينفصل عنها في حال السلامة فلم تطلق بطلاقه كالحمل والريق فإنه لا خلاف فيهما وفارق الإصبع فإنها لا تنفصل في حال السلامة .

ولأن الشعر لا روح فيه ولا ينجس بموت الحيوان ولا ينقض الوضوء مسه فأشبه العرق والريق واللبن .

ولأن الحمل متصل بها وإنما لم تطلق بطلاقه ؛ لأن مآله إلى الانفصال وهذه كذلك والسن في معناهما ؛ لأنها تزول من الصغير ويخلف غيرها وتنقلع من الكبير .

مسألة : (وإذا لم يدر أطلق أم لا فلا يزول يقين النكاح بشك الطلاق) .

أما إذا شك في طلاقه لم يلزمه حكمه نص عليه أحمد وهو مذهب أبي حنيفة وأصحابه والشافعي ؛ لأن النكاح ثابت بيقين فلا يزول بشك . والأصل في هذا حديث عبدالله بن زيد عن النبي ﷺ «أنه سئل عن الرجل يخيل إليه أنه يجد الشيء في الصلاة . فقال : لا ينصرف حتى يسمع صوتًا أو يجد ريحًا»[1] . متفق عليه .

فأمره بالبناء على اليقين وإطراح الشك .

ولأنه شك طرأ على يقين فوجب إطراحه كما لو شك المتطهر في الحدث أو المحدث في الطهارة .

والوَرَع : التزام الطلاق فإن كان المشكوك فيه طلاقاً رجعياً راجع امرأته إن كانت مدخولاً بها أو جدد نكاحها إن كانت غير مدخول بها أو قد انقضت عدتها ، وإن شك في طلاق ثلاث طلقها واحدة وتركها ؛ لأنه إذا لم يطلقها فيقين نكاحه باق فلا تحل لغيره .

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (١٧٥) ١: ٧٧ كتاب الوضوء، باب من لم ير الوضوء إلا من المخرجين: من القبل والدبر.

وأخرجه مسلم في صحيحه (٣٦١) ١: ٢٧٦ كتاب الحيض، باب الدليل على أن من يتقن الطهارة ثم شك في الحدث فله أن يصلي بطهارته.

مسألة : **(وإذا طلق فلم يدر أواحدة طلق أم ثلاثاً اعتزلها وعليه نفقتها ما دامت في العدة ، فإن راجعها في العدة لزمته النفقة ولم يطأها حتى يتيقن كم الطلاق ؛ لأنه متيقن للتحريم شاك في التحليل)** .

أما إذا طلق وشك في عدد الطلاق فإنه يبني على اليقين نص عليه أحمد في رواية ابن منصور في رجل لفظ بطلاق امرأته لا يدري واحدة أم ثلاثاً؟ قال : أما الواحدة فقد وجبت عليه وهي عنده حتى يستيقن وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ؛ لأن ما زاد على القدر الذي تيقنه طلاق مشكوك فيه فلم يلزمه كما لو شك في أصل الطلاق .

إذا ثبت هذا فإنه تبقى أحكام المطلق دون الثلاث من إباحة الرجعة ، وإذا رجع وجبت النفقة وحقوق الزوجية .

قال الخرقي : ويحرم وطئها ونحوه قال مالك وقوله : لأنه متيقن للتحريم ؛ لأنه تيقن وجوده بالطلاق وشك في رفعه بالرجعة فلا يرتفع بالشك كما لو أصاب ثوبه بنجاسة وشك في موضعها فإنه لا يزول حكم النجاسة بغسل موضع من الثوب ولا يزول إلا بغسل جميعه ، وفارق لزوم النفقة فإنها لا تزول بالطلقة الواحدة فهي باقية ؛ لأنها كانت باقية و لم يتيقن زوالها ، وظاهر قول الخرقي من أصحابنا أنه إذا راجعها حلت له وهو قول أبي حنيفة والشافعي وهو ظاهر كلام أحمد في رواية ابن منصور ؛ لأن التحريم المتعلق بما تيقنه يزول بالرجعة يقيناً فإن التحريم أنواع : تحريم يزيله الرجعة وتحريم يزيله نكاح جديد وتحريم يزيله نكاح بعد زوج وإصابة ومن تيقن الأدنى لا يثبت فيه حكم الأعلى كمن تيقن الحدث الأصغر لا يثبت فيه حكم الأكبر ويزول تحريم الصلاة بالطهارة الصغرى ويخالف الثوب فإن غسل بعضه لا يرفع ما تيقنه من النجاسة ، فنظير مسألتنا أن يتيقن نجاسة كم الثوب ويشك في نجاسة سائره فإن حكم النجاسة فيه تزول بغسل الكم وحدها كذا هاهنا ويمكن منع حصول التحريم هاهنا ومنع يقينه فإن الرجعية مباحة لزوجها في ظاهر المذهب فما هو إذاً متيقن للتحريم بل شاك فيه متيقن للإباحة .

مسألة : (وإذا قال لزوجاته : إحداكن طالق ولم ينو واحدة بعينها أقرع بينهن فأخرجت بالقرعة المطلقة منهن) .

أما إذا طلق امرأة من نسائه لا بعينها فإنه تخرج بالقرعة نص عليه أحمد في رواية جماعة ، وبه قال الحسن . وعن أحمد له تعيين من اختار منهن فيوقع عليها الطلاق ؛ لأنه يملك إيقاعه ابتداء وتعيينه فإذا أوقعه و لم يعينه ملك تعيينه ؛ لأنه استيفاء ما ملكه .

وهذا مذهب أبي حنيفة والشافعي والمذهب الأول ؛ لأنه مذهب علي وابن عباس ولا مخالف لهما في الصحابة .

ولأنه إزالة ملك بني على التغليب والسراية فتدخله القرعة كالعتق ، وقد ثبت الأصل بكون النبي ﷺ أقرع بين العبيد الستة .

ولأن الحق لواحد غير معين فوجب تعيينه بالقرعة كالحرية في العبيد إذا أعتقهم في مرضه و لم يخرج جميعهن من الثلث وكالسفر بإحدى نسائه والبداءة بإحداهن في القسم وكالشريكين إذا اقتسما .

ولأنه طلق واحدة من نسائه لا بعينها فلم يملك تعيينها باختياره كالمنسية . وقولهم : أنه كان يملك الإيقاع والتعيين قلنا : ملكه للتعيين بالإيقاع لا يلزم أن يملكه بعده كما لو طلق واحدة بعينها وأنسيها ، وأما إذا نوى واحدة بعينها طلقت وحدها ؛ لأنه عينها بنيته فأشبه ما لو عينها بلفظه وإن قال : إنما أردت فلانة قبل منه ؛ لأنه يحتمل ما قاله ، وإن مات قبل القرعة والتعيين أقرع الورثة بينهن فمن وقعت عليها قرعة الطلاق فحكمها في الميراث حكم ما لو عينها بالتطليق .

فصل

إذا قال لنسائه : إحداكن طالق غداً فجاء غد طلقت واحدة منهن وأخرجت بالقرعة ، فإن مات قبل الغد ورثنه كلهن ، وإن ماتت إحداهن ورثها ؛ لأنها ماتت قبل وقوع الطلاق فإذا جاء غد أقرع بين الميتة والأحياء فإن وقعت القرعة على الميتة لم يطلق شيء من الأحياء وصارت كالمعينة بقوله : أنت طالق غداً . وقال

القاضي : قياس المذهب أن يتعين الطلاق في الأحياء فلو كانتا اثنتين فماتت إحداهما طلقت الأخرى كما لو قال لامرأته وأجنبية : إحداكما طالق وهو قول أبي حنيفة والفرق بينهما ظاهر فإن الأجنبية ليست محلاً للطلاق وقت قوله فلا ينصرف قوله إليها وهذه قد كانت محلاً للطلاق وإرادتها بالطلاق ممكنة وإرادتها بالطلاق كإرادة الأخرى وحدوث الموت بها لا يقتضي في حق الأخرى طلاقاً فتبقى على ما كانت عليه والقول في تعليق العتق كالقول في تعليق الطلاق وإذا جاء غد وقد باع بعض العبيد أقرع بينه وبين العبيد الأخر ، فإن وقعت على المبيع لم يعتق شيء منه وعلى قول القاضي : ينبغي أن يتعين العتق في الباقين وكذلك ينبغي أن يكون مذهب أبي حنيفة والشافعي ؛ لأن له تعيين العتق عندهم بقوله فبيع أحدهم صرف للعتق عنه فيتعين في الباقين .

مسألة : **(وإذا طلق واحدة من نسائه وأنسيها أخرجت بالقرعة)** .

أكثر أصحابنا على أنه إذا طلق امرأة من نسائه وأنسيها أنها تخرج بالقرعة فيثبت حكم الطلاق فيها وتحل له الباقيات ، وقد روى إسماعيل بن سعيد عن أحمد ما يدل على أن القرعة لا تستعمل هاهنا لمعرفة الحل وإنما تستعمل لمعرفة الميراث فإنه قال : سألت أحمد عن الرجل يطلق امرأة من نسائه ولا يعلم أيتهن طلق قال : أكره أن أقول في الطلاق بالقرعة ، قلت : أرأيت إن مات هذا قال : أقول بالقرعة وذلك أنه تصير القرعة على المال وجماعة من روي عنه القرعة في المطلقة المنسية إنما هو في التوريث وأما في الحل فلا ينبغي أن يثبت بالقرعة وهذا قول أكثر أهل العلم فالكلام إذاً في المسألة في شيئين :

أحدهما : في استعمال القرعة في المنسية للتوريث .

والثاني : في استعمالها فيها للحل ، أما الأول فوجهه ما روى عبدالله بن حميد قال : سألت أبا جعفر عن رجل قدم من خراسان وله أربع نسوة قدم البصرة فطلق إحداهن ونكح ثم مات لا يدري الشهود أيتهن طلق؟ فقال : قال علي : أقرع بين الأربع وأنذر منهن واحدة واقسم بينهن الميراث .

ولأن الحقوق إذا تساوت على وجه لا يمكن التمييز إلا بالقرعة صح استعمالها كالشركاء في القسمة والعبيد في الحرية.

وأما القرعة في الحل في المنسية فلا يصح استعمالها؛ لأنه اشتبهت عليه زوجته بأجنبية فلم تحل له إحداهما بالقرعة كما لو اشتبهت بأجنبية لم يكن عليها عقد.

ولأن القرعة لا تزيل التحريم من المطلقة ولا ترفع الطلاق عمن وقع عليه، ولاحتمال كون المطلقة غير من وقعت عليها[1] القرعة ولهذا لو ذكر أن المطلقة غيرها حرمت عليه، ولو ارتفع التحريم أو زال الطلاق لما عاد بالذكر فيجب بقاء التحريم بعد القرعة كما كان قبلها، وقد قال الخرقي فيمن طلق امرأته فلم يدر أواحدة طلق أم ثلاثاً؟ ومن حلف بالطلاق أن لا يأكل تمرة فوقعت في تمر فأكل منه واحدة لا تحل له امرأته حتى يعلم أنها ليست التي وقعت اليمين عليها فحرمها مع أن الأصل بقاء النكاح ولم يعارضه يقين التحريم فهاهنا أولى وكذا الحكم في كل موضع وقع الطلاق على امرأة بعينها ثم اشتبهت بغيرها ولا يحل لمن وقعت عليها القرعة التزويج؛ لأنها يجوز أن تكون غير المطلقة ولا يحل للزوج غيرها لاحتمال أن تكون المطلقة. وقال أصحابنا: إذا أقرع بينهن فخرجت القرعة على إحداهن ثبت حكم الطلاق فيها فحل لها النكاح بعد قضاء عدتها، وحل للزوج من سواها كما لو كان الطلاق في واحدة غير معينة، واحتجوا بما ذكرنا من حديث علي.

ولأنها مطلقة لا تعلم بعينها فأشبه ما لو قال: إحداكن طالق.

ولأنه إزالة أحد الملكين المبنيين على التغليب والسراية أشبه العتق. والصحيح أن القرعة لا تدخل هاهنا لما قدمنا وفارق ما قاسوا عليه فإن الحق لم يثبت لواحد بعينه فجعل الشرع القرعة معينة فإنها تصلح للتعيين وفي مسألتنا الطلاق واقع في[2] معينة لا محالة والقرعة لا ترفعه عنها ولا توقعه على غيرها ولا يؤمن وقوع القرعة على غيرها واحتمال وقوع القرعة على غيرها كاحتمال وقوعها على المطلقة بل

(١) في الأصل: عليه. وما أثبتناه من المغني ٨: ٤٣٢.

(٢) في الأصل: لا. وما أثبتناه من المغني ٨: ٤٣٣.

هو أظهر في غيرها فإنهن إذا كن أربعاً فاحتمال وقوعه في واحدة بعينها أندر من احتمال وقوعه في واحدة من ثلاث ، ولذلك لو اشتبهت أخته بأجنبية أو ميتة بمذكاة أو زوجته بأجنبية أو حلف بالطلاق لا يأكل تمرة فوقعت في تمر وأشباه ذلك مما يطول ذكره لا تدخله قرعة فكذا هاهنا . وأما حديث علي فهو في الميراث لا في الحل وما نعلم بالقول بها في الحل من الصحابة قائلاً .

مسألة : (**فإن مات قبل ذلك أقرع الورثة وكان الميراث للبواقي منهن**) .

نص أحمد على هذا ؛ لقول علي رضي الله عنه .

ولأنهن قد تساوين ولا سبيل إلى التعيين فوجب المصير إلى القرعة ؛ كمن أعتق عبيداً في مرضه لا مال له سواهم وقد ثبت الحكم فيهن بالنص .

مسألة : (**وإذا طلق زوجته أقل من ثلاث فقضت العدة ثم تزوجت غيره ثم أصابها ثم طلقها أو مات عنها وقضت العدة ثم تزوجها الأول فهي عنده على ما بقي من الثلاث**) .

أما المطلق إذا بانت منه زوجته ثم تزوجها لم تخل من ثلاثة أحوال :

أحدها : أن تيأس منه بالثلاث وتنكح غيره ويصيبها ثم يتزوجها الأول فهذه ترجع إليه على طلاق ثلاث بإجماع أهل العلم قاله ابن المنذر .

الثاني : أن يطلقها دون الثلاث ثم تعود إليه برجعة أو نكاح جديد قبل زوج ثاني فهذه ترجع إليه على ما بقي إليه من طلاقها بغير خلاف نعلمه .

الثالث : طلقها دون الثلاث فقضت عدتها ثم نكحت غيره ودخل بها ثم تزوجها الأول فعن أحمد فيها روايتان :

إحداهما : ترجع إليه على ما بقي من طلاقها وهذا قول الأكابر من أصحاب رسول الله ﷺ عمر وعلي وأبي ومعاذ وعمران بن حصين وأبو هريرة وروي ذلك عن زيد وعبدالله بن عمرو بن العاص وبه قال سعيد بن المسيب ومالك والشافعي ومحمد بن الحسن .

والرواية الثانية : أنها ترجع إليه على طلاق ثلاث وهذا قول ابن عمر وابن عباس وبه قال أبو حنيفة وأبو يوسف ؛ لأن وطء الزوج الثاني مثبت للحل فيثبت

حلاً يتسع لطلقات ثلاث كما بعد الثلاث ؛ لأن الوطء الثاني يهدم الطلقات الثلاث فأولى أن يهدم ما دونها .

ووجه الرواية الأولى وهي أصح أن وطء الثاني لا يحتاج إليه في الإحلال للزوج الأول فلا يغير حكم الطلاق كوطء السيد ؛ لأنه تزويج قبل استيفاء الثلاث فأشبه ما لو رجعت إليه قبل وطء الثاني وقولهم : أن وطء الثاني يثبت الحل لا يصح لوجهين :

أحدهما : منع كونه مثبتاً للحل أصلاً وإنما هو في الطلاق الثلاث غاية للتحريم بدليل قوله تعالى : ﴿فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره﴾ [البقرة: ٢٣٠] وحتى للغاية . وإنما سمى النبي ﷺ الزوج الذي قصد الحيلة محللاً تجوزاً بدليل أنه لعنه ، ومن أثبت حلاً لا يستحق لعناً .

الثاني : أن الحل إنما يثبت في محل فيه تحريم وهي المطلقة ثلاثاً وهاهنا هي حلال له فلم يثبت فيها حل . وقولهم : أنه يهدم الطلاق قلنا : بل هو غاية لتحريمه وما دون الثلاث لا تحريم فيها فلا يكون غاية له .

مسألة : **(وإن كان المطلق عبداً وكان طلاقه اثنتين لم تحل له زوجته حتى تنكح زوجاً غيره حرة كانت الزوجة أو مملوكة ؛ لأن الطلاق بالرجال والعدة بالنساء)** .

أما الطلاق فمعتبر في الرجال فإن كان الزوج حراً فطلاقه ثلاث حرة كانت الزوجة أو أمة ، وإن كان عبداً فطلاقه اثنتان حرة كانت الزوجة أو أمة ، وإذا طلق اثنتين حرمت عليه حتى تنكح زوجاً غيره روي هذا عن عمر وعثمان وزيد وابن عباس وبه قال مالك والشافعي وروي عن علي وابن مسعود أن الطلاق معتبر بالنساء فطلاق الأمة اثنتان حراً كان الزوج أو عبداً ، وطلاق الحرة ثلاث حراً كان زوجها أو عبداً وبه قال أبو حنيفة وعن أحمد مثله ؛ لما روت عائشة أن النبي

ﷺ قال: «طلاق الأمة تطليقتان وقرؤها حيضتان»[1]. رواه أبو داود وابن ماجة.

ولأن المرأة محل الطلاق. فيعتبر بها؛ كالعدة.

ووجه الرواية الأولى وهي أصح أن الله تعالى خاطب الرجال بالطلاق فكان حكمه معتبرًا بهم.

ولأن الطلاق خالص حق الزوج وهو مما يختلف بالرق والحرية فكان اختلافه به كعدد المنكوحات.

وحديث عائشة قال أبو داود: راويه مظاهر بن أسلم وهو منكر الحديث.

وقد أخرجه الدارقطني في سننه عن عائشة قالت: قال: رسول الله ﷺ: «طلاق العبد اثنتان فلا تحل له حتى تنكح زوجًا غيره، وقرء الأمة حيضتان. ويتزوج الحرة على الأمة، ولا يتزوج الأمة على الحرة»[2]. وهذا نص.

ولأن الحر يملك أن يتزوج أربعًا فملك طلقات ثلاثًا، كما لو كان تحته حرة.

ولا خلاف في أن زوج الحرة إذا كان حراً يملك ثلاثاً، وأن زوج الأمة إذا كان عبداً لا يملك إلا اثنتين. وإنما الخلاف فيما إذا كان أحد الزوجين حرًا والآخر رقيقًا.

مسألة: (**وإذا قال لزوجته: أنت طالق ثلاثة أنصاف تطليقتين طلقت بثلاث**).

نص أحمد على هذا في رواية مهنا، وقال ابن حامد: يقع طلقتان؛ لأن معناه ثلاثة أنصاف من طلقتين وذلك طلقة ونصف ثم تكمل فتصير طلقتين وقيل: بل لأن النصف الثالث من طلقتين محال ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين.

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٢١٨٩) ٢: ٢٥٧ كتاب الطلاق، باب في سنة طلاق العبد.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٠٨٠) ١: ٦٧٢ كتاب الطلاق، باب في طلاق الأمة وعدتها.

(٢) أخرجه الدارقطني في سننه (١١٢) ٤: ٣٩ كتاب الطلاق.

ووجه قول الخرقي وهو أصح أن نصف الطلقتين طلقة وقد أوقعه ثلاثـاً فيقـع ثلاث كما لو قال : أنت طالق ثلاث تطليقات ، وقولهم معنـاه ثلاثـة أنصـاف مـن طلقتين تأويل يخالف ظاهر اللفظ فإنه على ما ذكـره يكـون ثلاثـة أنصـاف طلقـة وينبغي أن يكون ثلاثة أنصاف طلقتين مخالفة لثلاثة أنصـاف طلقـة ، وقولهـم : أنـه مخالف قلنا : وقوع نصف الطلقتين عليها ثلاث مرات ليس بمحال فيجب أن يقع . والله أعلم .

باب الرجعة

وهي مشروعة بالكتاب والسنة والإجماع .

أما الكتاب ؛ فقول الله عز وجل : ﴿والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء -إلى قوله- : وبعولتهن أحق بردّهن في ذلك إن أرادوا إصلاحًا﴾ [البقرة :٢٢٨] ، والمراد به الرجعة عند جماعة العلماء وأهل التفسير . وقال تعالى : ﴿وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف﴾ [البقرة:٢٣١] أي بالرجعة ، ومعناه : إذا قاربن بلوغ أجلهن أي انقضاء عدتهن .

وأما السنة ؛ فما روى ابن عمر قال : « طلقت امرأتي وهي حائض فسأل عمر النبي ﷺ فقال : مره فليراجعها »[1] . متفق عليه .

وأجمع أهل العلم على أن الحر إذا طلق الحرة دون الثلاث أو العبد إذا طلق دون الاثنتين : أن لهما الرجعة في العدة . ذكره ابن المنذر .

مسألة : قال أبو القاسم رحمه الله : **(والزوجة إذا لم يُدخَل بها ، تُبِينُها تطليقة ، وتحرّمُها الثلاث من الحر ، والاثنتان من العبد)** .

أجمع أهل العلم على أن غير المدخول بها تبين بطلقة واحدة ولا يستحق مطلقها رجعتها وذلك لأن الرجعة إنما تكون في العدة ولا عدة قبل الدخول ؛ لقول الله تعالى : ﴿يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها﴾ [الأحزاب :٤٩] فبين الله أنه لا عدة عليها فتبين بمجرد طلاقها وتصير كالمدخول بها بعد انقضاء عدتها لا رجعة عليها ولا نفقة لها ، وإن رغب مطلقها فيها فهو خاطب من الخطاب يتزوجها بنكاح جديد برضاها وترجع إليه بطلقتين ، وإن طلقها اثنتين ثم تزوجها رجعت إليه

---

(١) سبق تخريجه ص: ٥.

بطلقة واحدة بغير خلاف بين أهل العلم ، وإن طلقها ثلاثاً بلفظ واحد حرمت عليه حتى تنكح زوجاً غيره عند أكثر أهل العلم ، وقد ذكرناه فيما مضى ولا خلاف بينهم في أن المطلقة ثلاثاً بعد الدخول لا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره ؛ لقول الله تعالى : ﴿فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره﴾ [البقرة : ٢٣٠] وفي إجماع أهل العلم على هذا غنية عن الإطالة فيه وجمهور أهل العلم على أنها لا تحل للأول حتى يطأها الزوج الثاني وطئاً يوجد فيه التقاء الختانين إلا أن سعيد بن المسيب من بينهم قال : إذا تزوجها تزويجاً صحيحاً لا يريد به إحلالاً فلا بأس أن يتزوجها الأول . قال ابن المنذر : لا نعلم أحداً من أهل العلم قال بقول سعيد بن المسيب إلا الخوارج أخذوا بظاهر قوله تعالى : ﴿حتى تنكح زوجاً غيره﴾ [البقرة : ٢٣٠] وحجة الجمهور ما روت عائشة قالت : « جاءت امرأة رفاعة القرظي إلى النبي ﷺ فقالت : كنت عند رفاعة القرظي فطلقني فبتّ طلاقي . فتزوجت بعده عبدالرحمن بن الزَّبِير وإنما معه مثل هُدْبَةِ الثوب . فقال : أتريدين أن ترجعي إلى رفاعة ؟ لا ، حتى تَذوقي عُسَيْلَته ويذوقَ عُسَيْلَتَك »[1] رواه الجماعة .

لكن لأبي داود معناه من غير تسمية الزوجين .

وعن عائشة أن النبي ﷺ قال : « العُسَيْلَة : هي الجِمَاع »[2] رواه أحمد والنسائي .

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٤٩٦) ٢: ٩٣٣ كتاب الشهادات، باب شهادة المختبي. وفي (٥٧٣٤) ٥: ٩ كتاب الأدب، باب التبسم والضحك.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٤٣٣) ٢: ١٠٥٥ كتاب النكاح، باب لا تحل للمطلقة ثلاثاً لمطلقها...
وأخرجه أبو داود في سننه (٢٣٠٩) ٢: ٢٩٤ كتاب الطلاق، باب المبتوتة لا يرجع إليها زوجها حتى تنكح غيره.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١١١٨) ٣: ٤٢٦ كتاب النكاح، باب ما جاء فيمن يطلق امرأته ثلاثاً فيتزوجها آخر...
وأخرجه النسائي في سننه (٣٤١١) ٦: ١٤٨ كتاب الطلاق، باب إحلال المطلقة ثلاثاً والنكاح الذي يحلها به.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (١٩٣٢) ١: ٦٢١ كتاب النكاح، باب الرجل يطلق امرأته ثلاثاً فتزوج...
وأخرجه أحمد في مسنده (٢٣٥٧٨) طبعة إحياء التراث.

(٢) أخرجه أحمد في مسنده (٢٤٣٧٦) ٦: ٦٢. و لم أقف عليه عند النسائي.

ومع تصريح النبي ﷺ ببيان المراد من كتاب الله وأنها لا تحل للأول حتى يذوق الثاني عسيلتها وتذوق عسيلته لا يعرج على شيء سواه ولا يسوغ لأحد المصير إلى غيره مع ما عليه جملة أهل العلم منهم علي وابن عمر وابن عباس وجابر وعائشة وممن بعدهم أبو حنيفة وأصحابه ومالك والشافعي .

فصل

ويشترط لحلها للأول ثلاثة شروط :

أحدها : أن تنكح زوجاً غيره فلو كانت أمة فوطئها سيدها لم يحلها ؛ لقول الله : ﴿حتى تنكح زوجاً غيره﴾ [البقرة : ٢٣٠] وهذا ليس بزوج ، ولو وطئت بشبهة لم تبح لما ذكرنا ولو ، ولو كانت أمة فاشتراها مطلقها لم يحل له وطئها في قول أكثر أهل العلم . وقال أبو الخطاب : يحتمل أن تحل له وبه قال بعض الشافعية ؛ لأن الطلاق يختص الزوجية فأثر في التحريم بها وقول الله : ﴿فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره﴾ [البقرة : ٢٣٠] صريح في تحريمها فلا يعول على ما خالفه .

ولأن الفرج لا يجوز أن يكون محرماً مباحاً فسقط هذا .

الشرط الثاني : أن يكون النكاح صحيحاً فإن كان فاسداً لم يحلها الوطء فيه وبهذا قال أبو حنيفة وأصحابه ومالك والشافعي في الجديد . وقال في القديم : يحلها ذلك وخرجه أبو الخطاب وجهاً في المذهب ؛ لأنه زوج فيدخل في عموم النص .

ولأن النبي ﷺ لعن المحلل والمحلل له فسماه محللاً مع فساد نكاحه .

والمذهب الأول ؛ لقول الله : ﴿حتى تنكح زوجاً غيره﴾ [البقرة : ٢٣٠] وإطلاق النكاح يقتضي الصحيح ولذلك لو حلف لا يتزوج فتزوج تزويجاً فاسداً لم يحنث ، ولو حلف ليتزوجن لم يبر بالتزويج الفاسد .

ولأن أكثر أحكام الزوجية غير ثابتة فيه من الإحصان واللعان والظهار والإيلاء والنفقة وأشباه ذلك ، وأما تسميته محللاً فلقصده التحليل فيما لا يحل ولو

أحل حقيقة لما لعن ولا لعن المحلل لـه وإنما هـذا كقوله عليه السلام : « ما آمنَ بالقرآن من استحلَّ محارمَه »(1) ، وقال الله تعالى : ﴿يحلونه عاماً ويحرمونه عاماً﴾ [التوبة : ٣٧] .

ولأنه وطء في غير نكاح صحيح أشبه وطء الشبهة .

الشرط الثالث : أن يطأها في الفرج فلو وطئها دونه أو في الدبر لم يحلها ؛ لأن النبي ﷺ علق الحل على ذواق العسيلة منهما ولا يحصل إلا بالوطء في الفرج وأدناه تغييب الحشفة في الفرج ؛ لأن أحكام الوطء تتعلق به ولو أولج الحشفة من غير انتشار لم تحل ؛ لأن الحكم يتعلق بذواق العسيلة ولا يحصل من غير انتشار ، وإن كان الذكر مقطوعاً فإن بقي منه قدر الحشفة فأولجه أحلها وإلا فلا ، وإن كان خصياً أو مسلولاً أو موجوءاً حلت بوطئه ؛ لأنه يطأ كالفحل ولم يفقد إلا الإنزال وهو غير معتبر في الإحلال وهذا قول الشافعي .

قال أبو بكر : وقد روي عن أحمد في الخصي أنه لا يحلها فإن أبا طالب سأله في المرأة تتزوج الخصي تستحل به فقال : لا . قال أبو بكر : والعمل على ما قال مهنا أنها لا تحل .

ووجه الأول أن الخصي لا يحصل منه الإنزال فلا ينال لذة الوطء فلا يذوق العسيلة ويحتمل أن أحمد قال ذلك ؛ لأن الخصي في الغالب لا يحصل منه الوطء أو ليس بمظنة الإنزال فلا يحصل الإحلال بوطئه كالوطء من غير انتشار .

فصل

واشترط أصحابنا أن يكون الوطء حلالاً فإن وطئها في حيض أو نفاس أو إحرام من أحدهما أو منهما أو أحدهما صائم فرضاً لم تحل وهذا قول مالك ؛ لأنه وطء حرام لحق الله فلا يحصل به الإحلال كوطء المرتدة وظاهر النص حلها وهو قوله تعالى : ﴿حتى تنكح زوجاً غيره﴾ [البقرة : ٢٣٠] وهذه قد نكحت زوجاً غيره

(1) أخرجه الترمذي في جامعه (٢٩١٨) ٥ : ١٨٠ كتاب فضائل القرآن .

وأيضاً قوله عليه السلام : « لا حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك »[1] وهذا قد وجد .

ولأنه وطء في نكاح صحيح في محل الوطء على سبيل التمام فأحلها كالوطء الحلال وكما لو وطئها وقد ضاق وقت الصلاة أو وطئها مريضة يضرها الوطء وهذا أصح عندي وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي ، وأما وطء المرتدة فلا يحلها سواء وطئها في حال ردتهما أو ردتها أو وطئ المرتد المسلمة ؛ لأنه إن لم يعد المرتد منهما إلى الإسلام تبين أن الوطء في غير نكاح [وإن عاد إلى الإسلام في العدة فقد كان الوطء في نكاح][2] غير تام ؛ لأن سبب البينونة حاصل فيه وهكذا لو أسلم أحد الزوجين فوطئها الزوج قبل إسلام الآخر لم يحلها لذلك .

مسألة : (**وإذا طلق الحر زوجته بعد الدخول أقل من ثلاث فله عليها الرجعة ما دامت في العدة**) .

أجمع أهل العلم على أن الحر إذا طلق الحرة بعد دخوله بها أقل من ثلاث بغير عوض ولا أمر يقتضي بينونتها فله عليها الرجعة ما كانت في عدتها وعلى أنه لا رجعة له عليها بعد قضاء عدتها لما ذكرناه في أول الباب وإن طلق الحر زوجته الأمة فهو كطلاق الحرة إلا أن فيه خلافاً ذكرناه فيما مضى وذكرنا أن الطلاق معتبر في الرجال فيكون له رجعتها ما لم يطلقها ثلاثاً كالحرة .

ولا يعتبر في الرجعة رضى المرأة ؛ لقول الله تعالى : ﴿وبعولتهن أحق بردهن﴾ [البقرة :٢٢٨] فجعل الحق لهم وقال تعالى : ﴿فأمسكوهن بمعروف﴾ [البقرة : ٢٣١] فخاطب الأزواج بالأمر و لم يجعل لهن اختياراً .

ولأن الرجعة إمساك للمرأة بحكم الزوجية فلم يعتبر رضاها في ذلك كالتي في صلب نكاحه ، وأجمع أهل العلم على هذا .

---

(١) سبق تخريجه ص: ٥٦.

(٢) زيادة من المغني ٨: ٤٧٤.

فصل

والرجعية زوجة يلحقها طلاقه وظهاره وإيلاؤه ولعانه ويرث أحدهما صاحبه بالإجماع وإن خالعها صح خلعه؛ لأنها زوجة صح طلاقها فصح خلعها كما قبل الطلاق وظاهر كلام الخرقي أن الرجعية محرمة؛ لقوله: وإذا لم يدر أواحدة طلق أم ثلاثاً فهو متيقن للتحريم شاك في التحليل، وقد روي عن أحمد ما يدل على هذا وهو مذهب الشافعي وحكي ذلك عن مالك. وقال القاضي: ظاهر المذهب أنها مباحة. قال أحمد في رواية أبي طالب: لا تحتجب عنه وقال في رواية أبي الحارث: تتشرف له ما كانت في العدة وظاهر هذا أنها مباحة له له أن يسافر بها ويخلو بها ويطأها وهذا مذهب أبي حنيفة؛ لأنها في حكم الزوجات فأبيحت له كما قبل الطلاق.

ووجه الأول أنها طلقة واقعة فأثبتت التحريم كالتي بعوض ولا خلاف في أنه لا حد عليه بالوطء ولا ينبغي أن يلزمه مهر سواء راجع أو لم يراجع؛ لأنه وطئ زوجته التي يلحقها طلاقه فلم يكن عليه مهر كسائر الزوجات، ويفارق إذا وطئ الزوج بعد إسلام أحدهما في العدة حيث يجب المهر إذا لم يسلم الآخر في العدة؛ لأنه إذا لم يسلم تبينا أن الفرقة وقعت من حين إسلام المسلم منهما وهي فرقة فسخ تبين به من نكاحه فأشبهت التي أرضعت من ينفسخ نكاحها برضاعه، وفي مسألتنا لا تبين إلا بانقضاء العدة فافترقا. وقال أبو الخطاب: إذا أكرهها [على الوطء][1] وجب عليه المهر عند من حرمها وهو المنصوص عن الشافعي؛ لأنه وطء حرمه الطلاق فوجب به المهر كوطء البائن والفرق ظاهر فإن البائن ليست زوجة له وهذه زوجته، وقياس الزوجة على الأجنبية في الوطء وأحكامه بعيد.

مسألة: (**وللعبد بعد الواحدة ما للحر قبل الثلاث**).

(١) زيادة من المغني ٨: ٤٧٨.

أجمع أهل العلم على أن للعبد رجعة امرأته بعد الطلقة الواحدة إذا وجدت شروطها فإن طلقها ثانية فلا رجعة له سواء كانت امرأته حرة أو أمة ؛ لأن طلاق العبد اثنتان وفي هذا خلاف ذكرناه فيما مضى .

مسألة : **(ولو كانت حاملاً باثنين فوضعت أحدهما كان له مراجعتها قبل أن تضع الثاني)** .

وهذا قول عامة العلماء ، وقال عكرمة : العدة تنقضي بوضع الأول وعن أحمد نحوه والأول المذهب فإنه لا تنقضي العدة إلا بوضع الحمل كله ؛ لقول الله تعالى : ﴿وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن﴾ [الطلاق :٤] واسم الحمل يتناول لكل ما في البطن فتبقى العدة مستمرة إلى حين وضع الباقي فتبقى الرجعة ببقائها ولو انقضت العدة بوضع بعض الحمل لحل لها التزويج وهي حامل من زوج آخر ولا قائل به . قال صاحب المغني : وأظن أن قتادة ناظر عكرمة في هذا فقال عكرمة : تنقضي عدتها بوضع أحد الولدين فقال له قتادة : أيحل لها أن تتزوج؟ قال : لا قال :خصم العبد ولو خرج بعض الولد فارتجعها قبل أن تضع باقيه صح ؛ لأنها لم تضع جميع حملها فصارت كمن ولدت أحد الولدين .

فصل

إذا تزوجت الرجعية في عدتها وحملت من الزوج الثاني انقطعت عدتها من الأول بوطء الثاني وهل يملك الزوج رجعتها في مدة الحمل يحتمل وجهين :

أولاهما : أن له رجعتها ؛ لأنها ما لم تنقض عدته فحكم نكاحه باق يلحقها طلاقه وظهاره ، وإنما انقطعت عدته لعارض فهو كما لو وطئت في صلب نكاحه فإنها تحرم عليه وتبقى سائر أحكام الزوجية .

ولأنه يملك ارتجاعها إذا عادت إلى عدته فملكه [قبل ذلك][1] كما لو ارتفع حيضها في أثناء عدتها .

---

(١) زيادة من المغني ٨: ٤٨٠.

والوجه الثاني: ليس[1] له رجعتها؛ لأنها ليست[2] في عدته فإذا وضعت الحمل انقضت عدة الثاني وبنت على ما مضى من عدة الأول وله ارتجاعها حينئذ وجهاً واحداً ولو كانت في نفاسها؛ لأنها بعد الوضع تعود إلى عدة الأول، وإن لم تحتسب به فكان له الرجعة فيه كما لو طلق حائضاً فإن له رجعتها في حيضها، وإن كانت لا تعتد بها، وإن حملت حملاً يمكن أن يكون منهما فعلى الوجه الذي لا يملك رجعتها في حملها من الثاني إذا راجعها في هذا الحمل ثم بان أنه من الثاني لم يصح، وإن بان من الأول احتمل أن يصح؛ لأنه راجعها في عدتها منه واحتمل أن لا يصح؛ لأنه راجعها مع الشك في إباحة الرجعة والأول أصح فإن الرجعة ليست بعبادة يبطلها الشك في صحتها، وعلى أن العبادة تصح مع الشك فيما إذا نسي صلاة من يوم لا يعلم عينها فصلى خمس صلوات فإن كل صلاة يشك في أنها هي المنسية أو غيرها ولو شك في الحدث فتطهر ينوي رفع الحدث صحت طهارته وارتفع حدثه فهاهنا أولى، فإن راجعها بعد الوضع وبان أن الحمل من الثاني صحت رجعته، وإن بان من الأول لم تصح الرجعة؛ لأن العدة انقضت بوضعه.

مسألة: **(والمراجعة أن يقول لرجلين من المسلمين: اشهدا أني قد راجعت امرأتي بلا ولي يحضره ولا صداق يزيده، وقد روي عن أبي عبدا لله رضي ا لله عنه رواية أخرى تدل على أنه تجوز الرجعة بلا شهادة)**.

أما الرجعة فلا تفتقر إلى ولي ولا صداق ولا رضى المرأة ولا علمها بإجماع أهل العلم لما ذكرنا من أن الرجعة في أحكام الزوجات والرجعة إمساك لها واستبقاء لنكاحها ولهذا سمى ا لله الرجعة إمساكاً وتركها فراقاً وسراحاً فقال: ﴿فإذا بلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف﴾ [الطلاق: ٢] وفي آية أخرى: ﴿فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان﴾ [البقرة: ٢٢٩] وإنما تشعث النكاح

(١) في الأصل: ليست. وما أثبتناه من المغني ٨: ٤٨٠.

(٢) في الأصل: ليس. مثل السابق.

بالطلقة وانعقد بها سبب زواله فالرجعة تزيل شعثه وتقطع مضيه إلى البينونة فلم تحتج لذلك إلى ما يحتاج إليه ابتداء النكاح وأما الشهادة ففيها روايتان :

إحداهما : تجب وهذا أحد قولي الشافعي ؛ لأن الله تعالى قال : ﴿فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف وأشهدوا ذوي عدل منكم﴾ [الطلاق :٢] وظاهر الأمر الوجوب .

ولأنه استباحة بضع مقصود فوجب الشهادة فيه كالنكاح وعكسه البيع .

والرواية الثانية : لا تجب الشهادة وهي اختيار أبي بكر وقول أبي حنيفة ومالك ؛ لأنها لا تفتقر إلى قبول فلم فلم تفتقر إلى شهادة كسائر حقوق الزوج .

ولأن ما لا يشترط فيه الولي لا يشترط فيه الإشهاد كالبيع وعند ذلك يحمل الأمر على الاستحباب ، ولا خلاف بين أهل العلم في أن السنة الإشهاد فإن قلنا هي شرط فإنه يعتبر وجودها حال الرجعة فإن ارتجع بغير شهادة لم يصح ؛ لأن المعتبر وجودها في الرجعة دون الإقرار بها إلا أن يقصد بذلك الإقرار الارتجاع فيصح .

فصل

وظاهر كلام الخرقي أن الرجعة لا تحصل إلا بالقول لقوله والمراجعة أن يقول وهذا مذهب الشافعي ؛ لأنها استباحة بضع مقصود أمر بالإشهاد فيه فلم يحصل من القادر بغير قول كالنكاح .

ولأن غير القول فعل من قادر على القول فلم تحصل به الرجعة كالإشارة من الناطق وهذا إحدى الروايتين عن أحمد .

والرواية الثانية : تحصل الرجعة بالوطء سواء نوى به الرجعة أو لم ينو اختارها ابن حامد والقاضي وهو قول سعيد بن المسيب والحسن وابن سيرين وعطاء وطاوس والزهري والثوري والأوزاعي وابن أبي ليلى وأبي حنيفة وأصحابه . قال بعضهم : ويشهد ، وقال مالك : تكون رجعة إذا أراد به الرجعة وهو وجه لأصحابنا ؛ لأن هذه مدة تفضي إلى بينونة فترتفع بالوطء كمدة الإيلاء .

ولأن الطلاق سبب لزوال الملك ومعه خيار فتصرف المالك بالوطء يمنع عمله كوطء البائع الأمة المبيعة في مدة الخيار، وذكر أبو الخطاب أنا إذا قلنا الوطء مباح حصلت الرجعة به كما ينقطع به التوكيل في طلاقها، وإن قلنا هو محرم لم تحصل الرجعة به فإنه فعل محرم فلا يكون سبباً للحل كوطء المحلل.

فصل

وأما إن قبلها أو لمسها لشهوة أو كشف فرجها أو نظر إليه فالمنصوص عليه عن أحمد أنه ليس برجعة. وقال ابن حامد: فيه وجهان، أحدهما: هو رجعة وبهذا قال أبو حنيفة وأصحابه؛ لأنه استمتاع يستباح بالزوجية فحصلت الرجعة به كالوطء.

والثاني: ليس برجعة؛ لأنه أمر لا يتعلق به إيجاب عدة ولا مهر فلا تحصل به الرجعة كالنظر وأما الخلوة بها فليس برجعة؛ لأنه ليس باستمتاع وهذا اختيار أبي الخطاب وحكي عن غيره من أصحابنا أن الرجعة تحصل به؛ لأنه معنى تحرم من الأجنبية ويحل من الزوجة فحصلت به الرجعة كالاستمتاع والصحيح أنه لا تحصل الرجعة بها؛ لأنها لا تبطل خيار المشتري للأمة فلم يكن رجعة كاللمس لغير شهوة، وأما اللمس لغير شهوة والنظر لذلك ونحوه فليس برجعة؛ لأنه يجوز في غير الزوجة عند الحاجة فأشبه الحديث معها.

فصل

وأما القول فتحصل به الرجعة بغير خلاف وألفاظه: راجعتك وارتجعتك ورددتك وأمسكتك؛ لأن هذه الألفاظ ورد بها الكتاب والسنة فالرد والإمساك ورد بهما الكتاب بقوله عز وجل: ﴿وبعولتهن أحق بردهن في ذلك﴾ [البقرة:٢٢٨] وقال: ﴿فأمسكوهن بمعروف﴾ [البقرة:٢٣١] يعني: الرجعة، والرجعة وردت بها السنة بقول النبي ﷺ: «مره فليراجعها»[1] وقد اشتهر هذا الاسم فيها

(١) سبق تخريجه ص: ٥.

بين أهل العرف كاشتهار اسم الطلاق فيه فإنهم يسمونها رجعة والمرأة رجعية، ويتخرج أن يكون لفظها هو الصريح وحده لاشتهاره دون غيره كقولنا في صريح الطلاق، والاحتياط أن يقول: راجعت امرأتي إلى نكاحي أو زوجيتي أو راجعتها لما وقع عليها من طلاقي، فإن قال: نكحتها أو تزوجتها فهذا ليس بصريح فيها؛ لأن الرجعة ليست بنكاح وهل تحصل به الرجعة؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا تحصل به؛ لأن هذا كناية والرجعة استباحة بضع مقصود فلا تحصل بالكناية كالنكاح.

والثاني: تحصل به الرجعة أومأ إليه أحمد واختاره ابن حامد؛ لأنه تباح به الأجنبية فالرجعية أولى وعلى هذا يحتاج أن ينوي به الرجعة؛ لأن ما كان كناية تعتبر له النية ككنايات الطلاق.

مسألة: **(وإذا قال: ارتجعتُك فقالت: قد انقضت عدتي قبل رجعتِك. فالقول قولها ما ادَّعت من ذلك مُمْكِناً)**.

أما المرأة إذا ادعت انقضاء عدتها في مدة يمكن انقضاؤها فيها قبل قولها؛ لقول الله تعالى: ﴿ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله في أرحامهن﴾ [البقرة:٢٢٨] قيل في التفسير: هو الحيض والحمل. فلولا أن قولهن مقبول لم يحرجن بكتمانه.

ولأنه أمر تختص بمعرفته فكان القول قولها فيه كالنية من الإنسان فيما تعتبر النية فيه أو أمر لا يعرف إلا من جهتها. فقبل قولها فيه كما يجب على التابعي قبول خبر الصحابي عن رسول الله ﷺ، وأما ما تنقضي به العدة فلا يخلو من ثلاثة أقسام:

الأول: أن تدعي انقضاء عدتها بالقروء وأقل ذلك ينبني على الخلاف في أقل الطهر بين الحيضتين وعلى الخلاف في القروء هل هي الحيض أو الأطهار؟ فإن قلنا: هي الحيض وأقل الطهر ثلاثة عشر يوماً فأقل ما تنقضي به العدة تسعة وعشرون يوماً ولحظة وذلك أن يطلقها مع آخر الطهر ثم تحيض بعده يوماً وليلة ثم تطهر ثلاثة عشر يوماً ثم تحيض يوماً وليلة ثم تطهر ثلاثة عشر يوماً ثم تحيض

يوماً وليلة ثم تطهر لحظة لتعرف بها انقطاع الحيض وإن لم تكن هذه اللحظة من عدتها فلا بد منها لمعرفة انقطاع حيضها ولو صادفتها رجعته لم تصح، ومن اعتبر الغسل في قضاء العدة فلا بد من وقت يمكن الغسل فيه بعد انقطاع الحيض، وإن قلنا القرء الحيض والطهر خمسة عشر يوماً، فأقل ما تنقضي به العدة ثلاثة وثلاثون يوماً ولحظة تزيد أربعة أيام في الطهرين، وإن قلنا القرء الأطهار وأقل الطهر ثلاثة عشر يوماً فإن عدتها تنقضي بثمانية وعشرين يوماً ولحظتين وهو أن يطلقها في آخر لحظة من طهرها فتحتسب بها قرءاً ثم تحتسب طهرين آخرين ستة وعشرين يوماً وبينها حيضتان يومين فإذا طعنت في الحيضة الثالثة لحظة انقضت عدتها، وإن قلنا الطهر خمسة عشر يوماً زدنا على هذا أربعة أيام في الطهرين فيكون اثنين وثلاثين يوماً ولحظتين وهذا قول الشافعي، وإن كانت أمة انقضت عدتها بخمسة عشر يوماً ولحظة على الوجه الأول، وسبعة عشر يوماً ولحظة على الوجه الثاني، وأربعة عشر يوماً ولحظتين على الوجه الثالث، وبستة عشر يوماً ولحظتين على الوجه الرابع فمتى ادعت انقضاء عدتها بالقرء في أقل من هذا لم يقبل قولها عند أحد فيما أعلم؛ لأنه لا يحتمل صدقها.

وإن ادعت انقضاء عدتها في أقل من شهر لم يقبل قولها إلا ببينة؛ لأن شريحاً قال: إذا ادعت أنها حاضت ثلاث حيض في شهر وجاءت ببينة من النساء العدول من بطانة أهلها ممن يرضى صدقه وعدله أنها رأت ما يحرم عليها الصلاة من الطمث وتغتسل عند كل قرء وتصلي فقد انقضت عدتها وإلا فهي كاذبة. وقال له علي بن أبي طالب: قالون، ومعناه بالرومية: أصبت أو أحسنت[1]. فأخذ أحمد بقول عليّ في الشهر.

فإن ادعت ذلك في أكثر من شهر صدقها على حديث «إن المرأةَ اؤتُمِنَتْ على فرجِها»[2].

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٧: ٤١٨ كتاب العدد، باب تصديق المرأة فيما يمكن فيه انقضاء عدتها.
وأخرجه سعيد بن منصور في سننه (١٣١٠) ١: ٣١٠ كتاب الطلاق، باب المرأة تطلق تطليقة أو تطليقتين.

(٢) أخرجه البيهقي في الموضع السابق.
وأخرجه سعيد بن منصور في سننه (١٣١٢-١٣١٣) ١: ٣١٠-٣١١ الموضع السابق.

⇦

ولأن حيضها في الشهر ثلاث حيض يندر جدًا فرجح ببينة ، ولا يندر فيما زاد على الشهر كندرته فيه فقبل قولها من غير بينة .

* وأما إن ادعت انقضاء العدة في شهر لم تسمع دعواها ولا يصغى إلى بينتها ؛ لأنا نعلم كذبها ، وإن بقيت على دعواها حتى أتى عليها ما يمكن صدقها فيه نظرنا فإن بقيت على دعواها المردودة لم يسمع قولها ؛ لأنها تدعي محالاً وإن ادعت أنها انقضت عدتها في هذه المدة كلها أو فيما يمكن منها قبل قولها ؛ لأنه أمكن صدقها ، ولا فرق في ذلك بين الفاسقة والمرضية والمسلمة والكافرة ؛ لأن ما يقبل فيه قول الإنسان على نفسه لا يختلف باختلاف حاله كإخباره عن نيته[1] فيما تعتبر فيه نيته[2] .

القسم الثاني : أن تدعي انقضاء عدتها بوضع الحمل فلا يخلو إما أن تدعي وضع الولد لتمام أو أنها أسقطته قبل كماله فإن ادعت وضعه لتمام فلا يقبل قولها في أقل من ستة أشهر من حين إمكان الوطء بعد العقد ؛ لأنه لا يكمل في أقل من ذلك ، وإن ادعت أنها أسقطته لم يقبل قولها في أقل من إحدى وثمانين يوماً من حين إمكان الوطء بعد عقد النكاح ؛ لأن أقل سقط تنقضي به العدة ما أتى عليه ثمانون يوماً ؛ لأنه يكون نطفة أربعين يوماً ثم يكون علقة أربعين يوماً ثم يصير مضغة بعد الثمانين ولا تنقضي به العدة قبل أن يصير مضغة ، وهذا ظاهر قول الشافعي .

القسم الثالث : أن تدعي انقضاء عدتها بالشهور فلا يقبل قولها فيه ؛ لأن الخلاف في ذلك ينبني على الاختلاف في وقت الطلاق والقول قول الزوج فيه فيكون القول قوله فيما ينبني عليه إلا أن يدعي الزوج انقضاء عدتها ليسقط عن نفسه نفقتها مثل أن يقول : طلقتك في شوال فتقول هي : بل في ذي الحجة

⇦

وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (١٩٢٨٤-١٩٢٨٧) ٤: ٢٠٥ كتاب الطلاق ، من قال: لؤتمنت المرأة على فرجها. وهو موقف على أبي بن كعب وعبيد بن عمير.

(١) في المغني: بينة ٨: ٤٨٩.

(٢) مثل السابق.

فالقول قولها ؛ لأنه يدعي ما يسقط النفقة والأصل وجوبها فلا يقبل إلا ببينة ولو ادعت ذلك و لم يكن لها نفقة قبل قبولها ؛ لأنها تقر على نفسها بما هو أغلظ .

ولو انعكست الدعوى فقال : طلقتك في ذي الحجة فلي رجعتك وقالت : بل طلقتني في شوال فلا رجعة لك فالقول قوله ؛ لأن الأصل بقاء نكاحه .

ولأن القول قوله في إثبات الطلاق ونفيه فكذلك في وقته .

إذا ثبت هذا فكل موضع قلنا القول قولها فأنكرها الزوج فقال الخرقي : عليها اليمين وهو قول أبي يوسف ومحمد وقد أومأ إليه أحمد .

وقال القاضي : قياس المذهب أن يجب عليها يمين وقد أومأ إليه أحمد فقال : لا يمين في طلاق ولا نكاح وهو قول أبي حنيفة ؛ لأن الرجعة لا يصح بذلها فلا يستحلف فيها كالحدود والأول المذهب ؛ لقول رسول الله ﷺ : « اليمين على المدعى عليه »[1] .

ولأنه حق آدمي يمكن صدق مدعيه فتجب اليمين فيه كالأموال فإن نكلت عن اليمين فقال القاضي : لا يقضى بالنكول ؛ لأنه مما لا يصح بذله .

قال صاحب المغني : ويحتمل أن يستحلف الزوج وله رجعتها بناء على القول برد اليمين على المدعي وذلك أنه لما وجد النكول منها ظهر صدق الزوج وقوى جانبه واليمين تشرع في حق من قوي جانبه ولذلك شرعت في حق المدعى عليه لقوة جانبه باليد في العين وبالأصل في براءة الذمة في الدين وهذا مذهب الشافعي .

مسألة : **(وإذا طلقها واحدة فلم تنقض عدتها حتى طلقها ثانية بنت على ما مضى من العدة)** .

وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي في أحد قوليه ؛ لأنهما طلاقان لم يتخللهما إصابة ولا خلوة فلم يجب بهما أكثر من عدة كما لو والى بينهما أو كما لو انقضت عدتها ثم نكحها وطلقها قبل دخوله بها ، وهكذا الحكم لو طلقها ثم

---

(١) سيأتي تخريجه ص: ٧٢.

فسخ نكاحها لعيب في أحدهما أو لعتقها تحت عبد أو غيره أو انفسخ نكاحها لرضاع أو اختلاف دين أو غير ذلك ؛ لأن الفسخ في معنى الطلاق .

* وإن طلقها ثم راجعها ثم طلقها قبل دخوله بها ففيها روايتان :

إحداهما : تبني على ما مضى من العدة وهي اختيار أبي بكر وأحد قولي الشافعي ؛ لأنهما طلاقان لم يتخللهما دخول بها فكانت العدة من الأول منهما كما لو لم يرتجعها .

ولأن الرجعة لم يتصل بها دخول فلم يجب بالطلاق منها عدة كما لو نكحها ثم طلقها قبل الدخول .

والثانية : تستأنف العدة نقلها ابن منصور وهي أصح وهذا قول طاووس وعمرو بن دينار وأبي حنيفة وأصحابه . قال الثوري : أجمع الفقهاء على هذا ؛ لأنه طلاق في نكاح مدخول بها[1] فيه فأوجب عدة كاملة كما لو لم يتقدمه طلاق وهذا لأن الطلقة الأولى شعثت النكاح والرجعة لمت شعثه وقطعت عمل الطلاق فصار الطلاق الثاني في نكاح غير مشعث مدخول بها فيه فأوجب عدة كالأول وكما لو ارتدت ثم أسلمت ثم طلقها فإنها تستأنف عدة كذا هاهنا بخلاف الطلاق قبل الرجعة فإنه جاء بعد طلاق مفض إلى بينونة فإن راجعها ثم دخل بها ثم طلقها فإنها تستأنف عدة بغير خلاف بين أهل العلم ؛ لأنه بالوطء بعد الرجعة صار كالناكح ابتداء إذا وطئ .

فصل

وإن خالع زوجته أو فسخ نكاحها ثم نكحها في عدتها ثم طلقها فإن كان دخل بها فعليها العدة بلا خلاف ؛ لأنه طلاق في نكاح مدخول بها فيه لم يتقدمه طلاق سواه وإن لم يكن دخل بها بنت على العدة الأولى في الصحيح من المذهب ، وعنه أنه تستأنف العدة وهو قول أبي حنيفة ؛ لأن النكاح أقوى من الرجعة ، ولو طلقها بعد الرجعة استأنفت العدة فهاهنا أولى .

(١) زيادة من المغني ٨: ٤٩٦.

والأولى أصح ؛ لأنه طلاق في نكاح لم يصبها فيه فلم تجب به عدة كما لو نكحها بعد انقضاء عدتها وفارق الرجعة ؛ لأنها ردت المرأة إلى النكاح الأول فكان الطلاق الثاني في نكاح اتصل به الدخول وهذا النكاح جديد بعد البينونة من الأولى و لم يوجد فيه دخول فأشبه التزويج بعد قضاء العدة ، وأما بناؤها على العدة الأولى ؛ فلأنها إنما قطع حكمها النكاح وقد زال فيعود إليها .

فصل

ومتى وطئ الرجعية وقلنا أن الوطء لا تحصل به الرجعة فعليها أن تستأنف العدة من الوطء وتدخل فيها بقية عدة الطلاق ؛ لأنهما عدتان من رجل واحد فتداخلا كما لو طلقها واحدة فلم تنقض عدتها حتى طلقها وله ارتجاعها في بقية العدة الأولى ؛ لأنها عدة من الطلاق فإذا مضت البقية لم يكن له ارتجاعها في بقية عدة الوطء؛ لأنها عدة من وطء شبهة فإن حبلت من الوطء صارت في عدة الوطء وتدخل فيها البقية الأولى .

ولأنهما عدتان لواحد أشبه ما لو كانا بالأقراء، وتنقضي العدتان جميعاً بوضع الحمل؛ لأنه لا تتبعض وله مراجعتها قبل وضعه ؛ لأنها في عدة من الطلاق .

قال صاحب المغني : ويحتمل أن لا يتداخلا ؛ لأنهما من جنسين .

فعلى هذا تصير معتدة من الوطء خاصة ، وهل له رجعتها في مدة الحمل؟ على وجهين مضى توجيههما فيما إذا حملت من وطء زوج ثان فإذا وضعت أتمت عدة الطلاق وله ارتجاعها في هذه البقية ؛ لأنها من عدة الطلاق ولو طلقها حاملاً ثم وطئها انقضت عدتها بوضع الحمل منهما جميعاً .

قال صاحب المغني : ويحتمل أن تستأنف عدة للوطء بعد وضع الحمل لما ذكرنا ولا رجعة له بعد وضع الحمل في هذه الصورة بكل حال ومذهب الشافعي في هذا الفصل على ما ذكرنا .

مسألة : **(وإذا طلقها ثم أشهد على المراجعة من حيث لا تعلم فاعتدت ثم نكحت من أصابها ردت إليه ولم يصبها حتى تنقضي عدتها في إحدى الروايتين ، والرواية الأخرى : هي زوجة الثاني)** .

أما زوج الرجعية إذا رجعها وهي لا تعلم صحت المراجعة ؛ لأنها لا تفتقر إلى رضاها فلم تفتقر إلى علمها كطلاقها فإذا راجعها و لم تعلم فانقضت عدتها ثم تزوجت ثم جاء وادعى أنه كان راجعها قبل انقضاء عدتها وأقام البينة على ذلك ثبت أنها زوجته وأن نكاح الثاني فاسد ؛ لأنه تزوج امرأة غيره وترد إلى الأول سواء دخل بها الثاني أو لم يدخل . هذا هو الصحيح وهذا مذهب أكثر الفقهاء منهم أبو حنيفة وأصحابه والشافعي ويروى ذلك عن علي .

وعن أحمد رواية أخرى أنه إن دخل بها الثاني فهي امرأته ويبطل نكاح الأول روي ذلك عن عمر وهو قول مالك ؛ لأن كل واحد منهما عقد عليها وهي ممن يجوز له العقد في الظاهر ومع الثاني مزية الدخول فقدم بها .

ووجه الرواية الأولى وهي أصح أن الرجعة قد صحت وتزوجت وهي زوجة الأول فلم يصح نكاحها كما لو لم يطلقها .

إذا ثبت هذا فإن كان الثاني لم يدخل بها فرق بينهما وردت إلى الأول ولا شيء على الثاني وإن كان دخل بها فلها عليه مهر المثل ؛ لأن هذا وطء شبهة ، وتعتد ولا تحل للأول حتى تنقضي عدتها منه . وإن أقام البينة قبل دخول الثاني بها ردت إلى الأول بغير خلاف في المذهب وهو إحدى الروايتين عن مالك . وأما إن تزوجها مع علمها بالرجعة أو علم أحدهما فالنكاح باطل بغير خلاف والوطء محرم على من علم منهما وحكمه حكم الزاني في الحد وغيره ؛ لأنه وطئ امرأة غيره مع علمه ، وأما إن لم يكن لمدعي الرجعة بينة فأنكره أحدهما لم يقبل قوله ولكن إن أنكراه جميعاً فالنكاح صحيح في حقهما وإن اعترفا له بالرجعة ثبت والحكم فيه كما لو قامت به البينة ، وإن أقر له الزوج وحده فقد اعترف بفساد نكاحه فتبين منه وعليه مهرها إن كان بعد الدخول أو نصفه إن كان قبله ؛ لأنه لا يصدق على المرأة في إسقاط حقها عنه ولا تسلم المرأة إلى المدعي ؛ لأنه لا يقبل

قول الزوج الثاني عليها وإنما يلزمه في حقه ويكون القول قولها وهل هو مع يمينها أو لا؟ على وجهين، والصحيح أنها لا تستحلف؛ لأنها لو أقرت لم يقبل إقرارها فإذا أنكرت لم تجب اليمين بإنكارها، وإن اعترفت المرأة وأنكر الزوج[1] لم يقبل اعترافها على الزوج في فسخ نكاحه؛ لأن قولها إنما يقبل على نفسها في حقها وهل يستحلف؟ يحتمل وجهين:

أحدهما: لا يستحلف اختاره القاضي؛ لأنه دعوى في النكاح فلم تستحلف كما لو ادعى زوجية امرأة فأنكرته.

والثاني: يستحلف قال القاضي: وهو قول الخرقي؛ لعموم قوله عليه السلام: «ولكن اليمين على المدعى عليه»[2].

ولأنه دعوى في حق آدمي فيستحلف فيه كالمال فإن حلف فيمينه على نفي العلم؛ لأنه على نفي فعل الغير فإن زال نكاحه بطلاق أو فسخ أو موت ردت إلى الأول من غير تجديد عقد؛ لأن المنع من ردها إلى الأول إنما كان لحق الثاني فإذا زال زال المنع وحكم بأنها زوجة الأول كما لو شهد بحرية عبد ثم اشتراه عتق عليه ولا يلزمها للأول مهر بحال وذكر القاضي أن عليها له مهراً وهو قول بعض أصحاب الشافعي؛ لأنها أقرت أنها حالت بينه وبين بضعها بغير حق فأشبه شهود الطلاق إذا رجعوا.

والوجه الأول أن ملكها استقر على مهر فلم يرجع به عليها كما لو ارتدت أو أسلمت أو قتلت نفسها فإن مات الأول وهي في نكاح الثاني فينبغي أن ترثه لإقراره بزوجيتها وإقرارها بذلك، وإن ماتت لم يرثها؛ لأنها لا تصدق في إبطال

---

(١) زيادة من المغني ٨: ٤٩٩.

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه (١٧١١) ٣: ١٣٣٦ كتاب الأقضية، باب اليمين على المدعى عليه.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٣٤٢) ٣: ٦٢٦ كتاب الأحكام، باب ما جاء في أن البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه.
وأخرجه النسائي في سننه (٥٤٢٥) ٨: ٢٤٨ كتاب آداب القضاة، عظة الحاكم على اليمين.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٣٢١) ٢: ٧٧٨ كتاب الأحكام، باب البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه.
وأخرجه أحمد في مسنده (٣١٨٨) ١: ٣٤٣.

ميراث الزوج الثاني كما لم تصدق في إبطال نكاحه، ويرثها الزوج الثاني لذلك وإن مات الزوج الثاني لم ترثه؛ لأنها تنكر صحة نكاحه فتنكر ميراثه.

مسألة: (**وإذا طلقها وانقضت عدتها منه ثم أتته فذكرت أنها نكحت من أصابها ثم طلقها أو مات عنها وانقضت عدتها منه وكان ذلك ممكناً فله أن ينكحها إذا كان يعرف منها الصدق والصلاح وإن لم تكن عنده في هذه الحال لم ينكحها حتى يصح عنده قولها**).

أما المطلقة ثلاثاً إذا مضى بعد طلاقها زمن يمكن فيه انقضاء عدتين بينهما نكاح ووطء فأخبرته بذلك وغلب على ظنه صدقها إما لمعرفته بأمانتها أو لخبر غيرها ممن يعرف حالها فله أن يتزوجها في قول عامة أهل العلم منهم الحسن وأبو حنيفة وأصحابه والشافعي وذلك لأن المرأة مؤتمنة على نفسها وعلى ما أخبرت به عنها، ولا سبيل إلى معرفة هذه الحال على الحقيقة إلا من جهتها فيجب الرجوع إلى قولها كما لو أخبرت بانقضاء عدتها، وأما إذا لم تعرف ما يغلب على ظنه صدقها لم يحل له نكاحها؛ لأن الأصل التحريم ولم يوجد غلبة ظن ينقل عنه فوجب البقاء عليه كما لو أخبره فاسق عنها.

فصل

وإذا أخبرت أن الزوج أصابها فأنكر فالقول قولها في حلها للأول والقول قول الزوج في المهر ولا يلزمه إلا نصفه إذا لم يقر بالخلوة بها، فإن قال الزوج الأول: أنا أعلم أنه ما أصابها لم يحل له نكاحها؛ لأنه يقر على نفسه بتحريمها، فإن عاد فأكذب نفسه وقال: قد عملت صدقها دين فيما بينه وبين الله؛ لأن الحل والحرمة من حقوق الله فإذا علم حلها لم تحرم بكذبه وهذا مذهب الشافعي.

ولأنه قد يعلم ما لم يكن علمه، ولو قال: ما أعلم أنه أصابها لم تحرم عليه بهذا؛ لأن المعتبر في حلها له خبر يغلب على ظنه صدقه لا حقيقة العلم.

فصل

وإذا طلقها طلاقاً رجعياً وغاب فقضت عدتها وأرادت التزويج فقال وكيله : توقفي كيلا يكون راجعك لم يجب عليها التوقف ؛ لأن الأصل عدم الرجعة وحل النكاح فلا يجب الزوال عنه بأمر مشكوك فيه .

ولأنه لو وجب عليها التوقف في هذه الحال لوجب عليها التوقف قبل قوله ؛ لأن احتمال الرجعة موجود سواء قال أو لم يقل فيفضي إلى تحريم النكاح على كل رجعية غاب زوجها أبداً .

وإذا قالت : قد تزوجت من أصابني ثم رجعت عن ذلك قبل أن يعقد عليها لم يجز العقد ؛ لأن الخبر المبيح للعقد قد زال فزالت الإباحة وإن كان بعد ما عقد عليها لم يقبل ؛ لأن ذلك إبطال للعقد الذي لزمها بقولها فلم يقبل كما لو ادعى زوجية امرأة فأقرت له بذلك ثم رجعت عن الإقرار . وا لله أعلم .

كتاب الإيلاء

الإيلاء في اللغة : الحلف ، يقال : آلا يولي إيلاء وآلية ، وجمع الألية ألايا .

قال الشاعر :

قليل الألايَا حافظٌ ليمينه إذا صدرتْ منه الأَلِيَّةُ بَرَّتِ

ويقال : تألّى يتألّى وفي الحديث : « من يتألَّ على الله يُكذِّبُه »[1] .

وأما الإيلاء في الشرع فهو : الحلف على ترك وطء زوجته ، في قُبُلها فوق أربعة أشهر . والأصل فيه قول الله تعالى : ﴿للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر﴾ [البقرة :٢٢٦] .

وكان أبي بن كعب وابن عباس يقرآن : "للذين يقسمون" .

مسألة : قال أبو القاسم رحمه الله : **(والمولي الذي يحلف بالله أن لا يجامع زوجته أكثر من أربعة أشهر)** .

أما شروط الإيلاء فأربعة :

الأول : أن يحلف بالله تعالى أو بصفة من صفاته ولا خلاف بين أهل العلم أن الحلف بذلك إيلاء ، وأما إن حلف على ترك الوطء بغير هذا مثل : إن حلف بطلاق أو عتاق أو صدقة المال أو الحج أو الظهار ففيه روايتان :

إحداهما : لا يكون مولياً وهو قول الشافعي القديم .

والثانية : هو مولى وروي عن ابن عباس أنه قال : « كل يمين مَنَعَتْ جماعَها فهي إيلاء »[2] . وبهذا قال مالك وأهل الحجاز وأبو حنيفة وأهل العراق والشافعي في الجديد ؛ لأنها يمين منعت جماعها . فكانت إيلاء ؛ كالحلف بالله تعالى .

---

(١) ذكره السيوطي في الجامع الصغير ٩: ١٦٠ وعزاه إلى البيهقي في الدلائل وابن عساكر عن عقبة بن عامر الجهني والسجزي في الإبانة عن أبي الدرداء وابن أبي شيبة عن مسعود موقوفاً.

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٧: ٣٨١ كتاب الإيلاء ، باب كل يمين منعت الجماع...

ولأن تعليق الطلاق والعتاق على وطئها حلف بدليل أنه لو قال : متى حلفت بطلاقك فأنت طالق ثم قال : إن وطئتك فأنت طالق طلقت في الحال . وقال أبو بكر : كل يمين من حرام أو غيرها تجب بها كفارة يكون الحالف بها مولياً وأما الطلاق والعتاق فليس الحلف به إيلاء ؛ لأنه يتعلق به حق آدمي وما أوجب كفارة تعلق بها حق الله ، والرواية الأولى هي المشهورة ؛ لأن الإيلاء المطلق إنما هو القسم بالله ولهذا قرأ أبي وابن عباس : "يقسمون" مكان ﴿يؤلون﴾ روي عن ابن عباس في تفسير : ﴿يؤلون﴾ قال : يحلفون بالله ، هكذا ذكره الإمام أحمد .

والتعليق بشرط ليس بقسم ولهذا لا يؤتى فيه بحرف القسم ولا يجاب بجوابه ولا يذكره أهل العربية في باب القسم فلا يكون إيلاء وإنما يسمى حلفاً تجوزاً لمشاركته القسم في المعنى المشهور في القسم وهو الحث على الفعل أو المنع منه أو توكيد الخبر والكلام عند إطلاقه لحقيقته ويدل على هذا قول الله تعالى : ﴿فإن فاؤا فإن الله غفور رحيم﴾ [البقرة :٢٢٦] وإنما يدخل الغفران في اليمين بالله ، وأيضاً قول النبي ﷺ : « من حلف بغير الله فقد أشرك »[1] ، وقوله : « إن الله ينهاكم أن تحلفوا بآبائكم »[2] متفق عليه .

وإن سلمنا أن غير القسم حلف لكن الحلف بإطلاقه إنما ينصرف إلى القَسَم ، وإنما يصرف إلى غير القسم بدليل ، ولا خلاف في أن القسم بغير الله وصفاته لا يكون إيلاء ؛ لأنه لا يوجب كفارة ولا شيئاً يمنع من الوطء فلا يكون إيلاء كالخبر بغير قسم ، وإذا قلنا بالرواية الثانية فلا يكون مولياً إلا أن يحلف بما يلزمه بالحنث فيه حق كقوله : إن وطئتك فعبدي حر أو فأنت طالق أو فأنت علي كظهر أمي أو فأنت حرام أو فلله علي صوم سنة أو الحج أو صدقة فهذا يكون إيلاء ؛ لأنه يلزمه بوطئها حق يمنعه من وطئها خوفه من وجوبه .

(١) أخرجه الترمذي في جامعه (١٥٣٥) ٤ : ١١٠ كتاب النذور، باب ما جاء في كراهية الحلف بغير الله.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٦٢٧٠) ٦ : ٢٤٤٩ كتاب الأيمان والنذور ، باب لا تحلفوا بآبائكم.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٦٤٦) ٣ : ١٢٦٧ كتاب الأيمان ، باب النهي عن الحلف بغير الله تعالى.

الشرط الثاني : أن يحلف على ترك الوطء أكثر من أربعة أشهر وهذا قول مالك والشافعي . وقال القاضي أبو الحسين : إذا حلف على أربعة أشهر فما زاد كان مولياً وبه قال أبو حنيفة وأصحابه ؛ لأنه ممتنع بالوطء من اليمين أربعة أشهر فكان مولياً كما لو حلف على ما زاد .

ووجه الأول وهو أصح أنه لم يمنع نفسه من الوطء باليمين أكثر من أربعة أشهر فلم يكن مولياً كما لو حلف على ترك قبلتها ، والقاضي أبو الحسين ومن وافقه بنوا ذلك على قولهم في الفيئة أنها تكون في مدة الأربعة أشهر وظاهر الآية خلافه فإن الله قال : ﴿للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر فإن فاؤا﴾ [البقرة :٢٢٦] فعقب الفيئة عقيب التربص بفاء التعقيب فدل على تأخرها عنه .

وإنما اشترطنا زيادة على أربعة أشهر ؛ لأنه لا يمكنه التخلص بعد التربص من يمينه بغير حنث فأشبه المطلقة .

ولأن الأربعة الأشهر مدة تتضرر المرأة بتأخير الوطء عليها فإذا حلف على أكثر منها كان مولياً كالأبد .

الشرط الثالث : أن يحلف على ترك الوطء في الفرج ولا يكون مولياً بالحلف على ترك الوطء في غير الفرج ؛ لأنه لم يترك الوطء الواجب عليه ولا تتضرر المرأة بتركه وإنما هو وطء محرم وقد أكد منع نفسه منه بيمينه .

الشرط الرابع : أن يكون المحلوف عليها امرأة ؛ لقول الله تعالى : ﴿للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر﴾ [البقرة :٢٢٦] .

ولأن غير الزوجة لا حق لها في وطئه فلا يكون مولياً منها كالأجنبية وإن حلف على ترك وطء أمته لم يكن مولياً لما ذكرنا .

مسألة : (**فإذا مضت أربعة أشهر ورافعته أمر بالفيئة**) .

أما المولي فيتربص أربعة أشهر كما أمر الله تعالى ولا يطالب بالوطء فيهن فإذا مضت أربعة أشهر ورافعته امرأته إلى الحاكم وقفه وأمره بالفيئة فإن أبى أمره بالطلاق ولا تطلق زوجته بنفس مضي المدة .

قال أحمد في الإيلاء: يوقف على الأكابر من أصحاب النبي ﷺ عن عمر شيء يدل على ذلك، وعن عثمان وعلي وجعل يثبت حديث علي وبه قال ابن عمر وعائشة، وروي ذلك عن أبي الدرداء. وقال سليمان بن يسار: كان تسعة عشر من أصحاب محمد ﷺ يوقفون في الإيلاء، وبهذا قال مالك والشافعي؛ لقول الله تعالى: ﴿للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر فإن فاؤا فإن الله غفور رحيم﴾ [البقرة:٢٢٦] وظاهر ذلك أن الفيئة بعد الأربعة الأشهر لذكره الفيئة بعدها بالفاء المقتضية للتعقيب ثم قال: ﴿وإن عزموا الطلاق فإن الله سميع عليم﴾ [البقرة:٢٢٧] ولو وقع بمضي المدة لم يحتج إلى عزم عليه وقوله: ﴿سميع عليم﴾ [البقرة:٢٢٧] يقتضي أن الطلاق مسموع ولا يكون المسموع إلا كلاماً.

ولأنها مدة ضربت له تأجيلاً فلم تستحق المطالبة فيها كسائر الآجال.

ولأن هذه مدة لم يتقدمها إيقاع فلا يتقدمها وقوع كمدة العنة.

فصل

وابتداء المدة من حين اليمين ولا تفتقر إلى ضرب مدة؛ لأنها ثبتت بالنص والإجماع فلم تفتقر إلى ضرب كمدة العنة[1] ولا يطالب بالوطء فيها لما ذكرنا فإن وطئ فيها فقد عجل حقها قبل محله وخرج من الإيلاء كمن عليه دين دفعه قبل الأجل وهكذا إن وطئ بعد المدة قبل المطالبة أو بعدها خرج من الإيلاء وسواء وطئها وهي عاقلة أو مجنونة أو يقظانة أو نائمة؛ لأنه فعل ما حلف عليه فإن وطئها وهو مجنون لم يحنث ذكره ابن حامد.

وقال أبو بكر: يحنث وعليه الكفارة؛ لأنه فعل ما حلف عليه[2].

والأول أصح؛ لأنه غير مكلف والقلم عنه مرفوع ويخرج بوطئه عن الإيلاء؛ لأنه قد وفاها حقها وحصل في حقها منه ما يحصل من العاقل وإنما تسقط الكفارة عنه لرفع القلم عنه، ذكر هذا ابن حامد وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي،

---

(١) في الأصل: العدة. وما أثبتناه من المغني ٨: ٥٢٩.

(٢) زيادة من المغني ٨: ٥٢٩.

وذكر القاضي ما يدل على أنه يبقى مولياً فإنه قال : إذا وطئ بعد إفاقته تجب عليه الكفارة ؛ لأن وطئه الأول ما حنث به ، وإذا بقيت يمينه بقي الإيلاء كما لو لم يطأ وهذا قول المزني .

وينبغي أن تستأنف له مدة الإيلاء من حين وطء ؛ لأنه لا ينبغي أن يطالب بالفيئة مع وجودها منه ولا يطلق عليه لانتفائها وهي موجودة ولكن تضرب له مدة لبقاء حكم يمينه وقيل تضرب له المدة إذا عقل ؛ لأنه حينئذ يمنع من الوطء بحكم يمينه . ومن قال بالأول قال قد وفاها حقها فلم يبق الإيلاء كما لو حنث ولا يمتنع انتفاء الإيلاء مع اليمين كما لو حلف لا يطأ أجنبية ثم تزوجها .

فصل

وإذا انقضت المدة فلها المطالبة بالفيئة إن لم يكن عذر فإن طالبته فطلب الإمهال فإن لم يكن له عذر لم يمهل ؛ لأنه حق توجه عليه لا عذر له فيه فلم يمهل به كالدين الحال .

ولأن الله جعل المدة أربعة أشهر فلا تجوز الزيادة عليها بغير عذر وإنما يؤخر قدر ما يتمكن من الجماع في حكم العادة ؛ فإنه لا يلزمه الوطء في مجلسه وليس ذلك بإمهال ، فإن قال : أمهلوني حتى آكل فإني جائع أو ينهضم الطعام فإني ممتل أو أصلي الفرض أو أفطر من صومي أُمهل بقدر ذلك فإنه يعتبر أن يصير إلى حال يجامع في مثلها في العادة وكذلك يمهل حتى يرجع إلى بيته ؛ لأن العادة فعل ذلك في بيته ، وإن كان لها عذر يمنع من وطئها لم يكن لها المطالبة بالفيئة ؛ لأن الوطء ممتنع من جهتها فلم يكن لها مطالبته بما يمنعه منه .

ولأن المطالبة مع الاستحقاق وهي لا تستحق الوطء في هذه الأحوال وليس لها المطالبة بالطلاق ؛ لأنه إنما[1] يستحق عند امتناعه من الفيئة الواجبة ولم يجب عليه شيء ولكن تتأخر المطالبة إلى حال زوال العذر إن لم يكن العذر قاطعاً للمدة كالحيض أو كان العذر حدث بعد انقضاء المدة .

---

(١) زيادة من المغني ٨: ٥٣٢.

مسألة : (والفيئة الجماع) .

قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الفيء الجماع إذا لم يكن عذر ، وأصل الفيء الرجوع ولذلك يسمى الظل بعد الزوال فيئاً ؛ لأنه رجع من المغرب إلى المشرق فسمي الجماع من المولي فيئة ؛ لأنه رجوع إلى فعل ما تركه . وأدنى الوطء الذي تحصل به الفيئة أن تغيب الحشفة في الفرج فإن[1] أحكام الوطء تتعلق به ، ولو وطئ دون الفرج أو في الدبر لم يكن فيئة ؛ لأنه ليس بمحلوف على تركه ولا يزول الضرر بفعله .

وإذا فاء لزمته الكفارة في قول أكثر أهل العلم روي هذا عن ابن عباس وزيد بن ثابت وبه قال أبو حنيفة وأصحابه ومالك وأهل المدينة وهو ظاهر مذهب الشافعي ؛ لقول الله تعالى : ﴿ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان فكفارته إطعام عشرة مساكين . . . الآية﴾ [المائدة :٨٩] وقال : ﴿قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم﴾ [التحريم :٢] ، وقال عليه السلام : « إذا حلفت على يمين فرأيت غيرها خيرًا منها فأت الذي هو خير وكفّر عن يمينك »[2] متفق عليه .

ولأنه حالف حانث في يمينه فلزمته الكفارة كما لو حلف على ترك فريضة ثم فعلها .

فصل

وإن كان الإيلاء بتعليق عتق أو طلاق وقع بنفس الوطء؛ لأنه معلق بصفة وقد وجدت وإن كان على نذر أو عتق أو صوم أو صلاة أو صدقة أو حج أو غير ذلك من الطاعات أو المباحات فهو مخير بين الوفاء به[3] وبين كفارة يمين ؛ لأنه نذر لجاج وغضب فهذا حكمه ، وإن علق طلاقها الثلاث بوطئها لم يؤمر بالفيئة

---

(١) في الأصل: فإن كان. وما أثبتناه من المغني ٨: ٥٣٤.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٦٣٤٣) ٦ : ٢٤٧٢ كتاب كفارات الأيمان ، باب الكفارة قبل الحنث وبعده.

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٦٥٢) ٣ : ١٢٧٣ كتاب الأيمان ، باب ندب من حلف يميناً.

(٣) زيادة من المغني ٨: ٥٣٥.

وأمر بالطلاق ؛ لأن الوطء غير ممكن لكونها تبين منه بإيلاج الحشفة فيصير مستمتعاً بأجنبية وهذا قول بعض الشافعية ، وأكثرهم قالوا : تجوز الفيئة ؛ لأن النزع ترك للوطء وترك الوطء ليس بوطء ، وقد ذكر القاضي أن كلام أحمد يقتضي روايتين كهذين الوجهين ، واللائق بمذهب أحمد تحريمه لوجوه ثلاثة :

أحدها : أن آخر الوطء يحصل في أجنبية كما ذكرنا فإن النزع يلتذ به كما يلتذ بالإيلاج فيكون في حكم الوطء ولذلك قلنا فيمن طلع عليه الفجر وهو مجامع فنزع أنه يفطر والتحريم هاهنا أولى ؛ لأن الفطر بالوطء ويمكن منع كون النزع وطئاً ، والمحرم هنا الاستمتاع والنزع استمتاع فكان محرماً .

ولأن لمسها على وجه التلذذ بها محرم فلمس الفرج بالفرج أولى بالتحريم . فإن قيل : فهذا إنما يحصل ضرورة ترك الوطء المحرم قلنا : فإذا لم يمكن الوطء إلا بفعل محرم حرم ضرورة ترك الحرام كما لو اختلط لحم الخنزير بلحم مباح لا يمكنه أكله إلا بأكل لحم الخنزير فحرم ، ولو اشتبهت ميتة بمذكاة أو امرأته بأجنبية حرم الكل .

الوجه الثاني : أنه بالوطء يحصل الطلاق بعد الإصابة وهو طلاق بدعة ، فكما يحرم إيقاعه بلسانه يحرم تحقيق[1] سببه .

الوجه الثالث : أن يقع به طلاق البدعة من وجه آخر وهو جمع الثلاث فإن وطئ فعليه أن ينزع حين يولج الحشفة ولا يزيد على ذلك ولا يلبث ولا يتحرك عند النزع ؛ لأنها أجنبية فإذا فعل ذلك فلا حد ولا مهر ؛ لأنه تارك للوطء ، وإن لبث أو تمم الإيلاج فلا حد عليه لتمكن الشبهة منه لكونه وطئاً بعضه في زوجته ، وفي المهر وجهان :

أحدهما : يلزمه ؛ لأنه حصل منه وطء محرم في محل غير مملوك فأوجب المهر كما لو أولج بعد النزع .

(١) في الأصل: بتحقق. وما أثبتناه من المغني ٨: ٥٣٥.

والثاني : لا يجب ؛ لأنه تابع لإيلاج في محل مملوك فكان تابعاً له في سقوط المهر ، وإن نزع ثم أولج وكانا جاهلين بالتحريم فلا حد عليهما وعليه المهر لها ويلحقه النسب ، وإن كانا عالمين بالتحريم فعليهما الحد ؛ لأنه إيلاج في أجنبية بغير شبهة فأشبه ما لو طلقها ثلاثاً ثم وطئها ولا مهر لها ؛ لأنها مطاوعة على الزنا ولا يلحقه النسب ؛ لأنه من زنا لا شبهة فيه .

وذكر القاضي وجهاً أنه لا حد عليهما ؛ لأن هذا مما يخفى على كثير من الناس وهو وجه لأصحاب الشافعي ، والصحيح الأول ؛ لأن الكلام في العالمين وليس هو في مظنة الخفاء فإن أكثر المسلمين يعلمون أن الطلاق الثلاث محرم للمرأة ، وإن كان أحدهما عالماً والآخر جاهلاً نظرت فإن كان هو العالم فعليه الحد ولها المهر ولا يلحقه النسب ؛ لأنه زان محدود ، وإن كانت هي العالمة دونه فعليها الحد وحْدها ولا مهر لها والنسب لاحق بالزوج ؛ لأن وطأه وطء شبهة .

مسألة : **(أو يكون له عذر من مرض أو إحرام أو شيء لا يمكن معه الجماع فيقول : متى قدرت جامعتها فيكون ذلك من قوله فيئة للعذر)** .

أما إذا مضت المدة وبالمولي عذر يمنع الوطء من مرض أو حبس بغير حق أو غيره لزمه أن يفيء لها بلسانه فيقول : متى قدرت جامعتها أو نحو هذا وممن قال : يفيء لها بلسانه ابن مسعود وأبو حنيفة وأصحابه ؛ لأن القصد بالفيئة ترك ما قصده من الإضرار وقد ترك قصد الإضرار بما أتى به من الاعتذار والقول مع العذر يقوم مقام فعل القادر بدليل أن إشهاد الشفيع على الطلب بالشفعة عند العجز عن طلبها يقوم مقام طلبها في الحضور في إثباتها ولا يحتاج أن يقول : ندمت ؛ لأن الغرض أن يظهر رجوعه عن المقام على اليمين وقد حصل بظهور عزمه عليه وحكى أبو الخطاب عن القاضي أن فيئة المعذور أن يقول : فئت إليك وهو قول أبي حنيفة وأصحابه والذي ذكر القاضي في المجرد مثل ما ذكر الخرقي وهو أحسن ؛ لأن وعده بالفعل عند القدرة عليه دليل على ترك قصد الإضرار وفيه نوع من الاعتذار وإخبار بإزالته للضرر عند إمكانه ولا يحصل بقوله : فئت إليك شيء

من هذا وأما العاجز لجب أو شلل ففيئته أن يقول : لو قدرت لجامعتها ؛ لأن ذلك يزيل ما حصل بإيلائه .

فصل

والإحرام كالمرض في ظاهر قول الخرقي وكذلك على قياسه الاعتكاف المنذور والظهار وذكر أصحابنا أن المظاهر لا يمهل ويؤمر بالطلاق فيخرج من هذا أن كل عذر من فعله يمنعه الوطء لا يمهل من أجله وهو مذهب الشافعي ؛ لأن الامتناع بسبب منه فلا يسقط حكماً واجباً عليه .

فعلى هذا لا يؤمر بالوطء ؛ لأنه محرم عليه ولكن يؤمر بالطلاق .

ووجه القول الأول أنه عاجز عن الوطء بأمر لا يمكنه الخروج منه فأشبه المريض وأما المظاهر فيقال له : إما أن تكفر وتفيء وإما أن تطلق[1] فإن قال : أمهلوني حتى أطلب رقبة أو أطعم فإن علم أنه قادر على التكفير في الحال وإنما يقصد المدافعة والتأخير لم يمهل ؛ لأن الحق حال عليه وإنما يمهل للحاجة ولا حاجة وإن لم يعلم ذلك أمهل ثلاثة أيام ؛ لأنها قريبة ولا يزاد على ذلك وإن كان فرضه الصيام فطلب الإمهال ليصوم شهرين متتابعين لا يمهل ؛ لأنه كثير ، ويتخرج أن يفيء بلسانه فيئة المعذور ويمهل حتى يصوم كقولنا في المحرم ، فإن وطئها فقد عصى وانحل إيلاؤه ولها منعه منه ؛ لأن هذا الوطء محرم عليهما .

وقال القاضي : يلزمها التمكين وإن امتنعت سقط حقها ؛ لأن حقها في الوطء وقد بذله لها ، ومتى وطئها فقد وفاها حقها والتحريم عليه دونها .

ووجه الأول أنه وطء حرام فلا يلزم التمكين منه كالوطء في الحيض والنفاس وهذا ينقض دليلهم ، ولا نسلم كون التحريم عليه دونها فإن الوطء متى حرم على أحدهما حرم على الآخر لكونه فعلاً واحداً ، ولو جاز اختصاص أحدهما بالتحريم لاختصت المرأة بتحريم الوطء في الحيض والنفاس وإحرامها وصيامها لاختصاصها بسببه .

---

(١) في الأصل: تظاهر. وما أثبتناه من المغني ٨: ٥٣٨.

مسألة : **(فمتى قدر فلم يفعل أمر بالطلاق)** .

أما المولي إذا وقف وطولب بالفيئة وهو قادر عليها فلم يفعل أمر بالطلاق ، وهذا قول كل من يقول بوقف المولي ؛ لأن الله تعالى قال : ﴿فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان﴾ [البقرة :٢٢٩] فإذا امتنع من أداء الواجب لها عليه فقد امتنع من الإمساك بالمعروف فيؤمر بالتسريح بالإحسان وإن كان معذوراً ففاء بلسانه ثم قدر على الوطء أمر به فإن فعل وإلا أمر بالطلاق وبهذا قال الشافعي . وقال أبو بكر : إذا فاء بلسانه لم يطالب بالفيئة مرة أخرى وخرج من الإيلاء ؛ لأنه فاء مرة فخرج من الإيلاء و لم تلزمه فيئة ثانية كما لو فاء بالوطء ، والمذهب الأول ؛ لأنه أخر حقها لعجزه عنه فإذا قدر عليه لزمه أن يوفيها إياه كالدين على المعسر إذا قدر عليه وما ذكره فليس بحقها ولا يزول عنها الضرر به وإنما وعدها بالوفاء ولزمها لصبر عليه وإنظاره كالغريم المعسر .

وليس على من فاء بلسانه كفارة ولا حنث ؛ لأنه لم يفعل المحلوف عليه وإنما وعد بفعله فهو كمن عليه دين حلف لا يوفيه ثم أعسر به فقال : متى قدرت وفيته .

مسألة : **(فإن لم يطلق طلق الحاكم عليه)** .

أما المولي إذا امتنع من الفيئة بعد التربص أو امتنع المعذور من الفيئة بلسانه أو متنع من الوطء بعد زوال عذره أمر بالطلاق فإن طلق وقع طلاقه الذي أوقعه واحدة كانت أو أكثر ، وليس للحاكم إجباره على أكثر من طلقة ؛ لأنه يحصل لوفاء بحقها بها فإنها تفضي إلى البينونة والتخلص من ضرره ، وإن امتنع من لطلاق طلق الحاكم عليه وبهذا قال مالك ، وعن أحمد : ليس للحاكم الطلاق عليه ؛ لأن ما خير الزوج فيه بين أمرين لم يقم الحاكم مقامه فيه كالاختيار لبعض لزوجات في حق من أسلم وتحته أكثر من أربع نسوة أو أختان .

فعلى هذا يحبس ويضيق عليه حتى يفيء أو يطلق وللشافعي قولان كالروايتين .

والأول أصح ؛ لأن ما دخلته النيابة وتعين مستحقه وامتنع من هو عليه قام الحاكم مقامه فيه كقضاء الدين وفارق الاختيار فإنه ما تعين مستحقه . وليس للحاكم أن يأمر بالطلاق ولا أن يطلق إلا أن تطلب المرأة ذلك ؛ لأنه حق لها وإنما الحاكم يستوفي لها الحق فلا يكون إلا عند طلبها .

فصل

والطلاق الواجب على المولي رجعي سواء أوقعه بنفسه أو طلق الحاكم عليه وبهذا قال الشافعي . قال الأثرم : قلت لأبي عبدالله في المولي : فإن طلقها قال : تكون واحدة وهو أحق بها . وعن أحمد أن فُرقة الحاكم تكون بائناً ، ذكر أبو بكر الروايتين جميعاً .

وقال القاضي : المنصوص عن أحمد أن فرقة الحاكم تكون بائناً فإنه قال في رواية الأثرم وقد سئل إذا طلق عليه السلطان أتكون واحدة؟ فقال : إذا طلق فهي واحدة وهو أحق بها وأما تفريق السلطان فليس فيه رجعة .

ووجه الرواية الأولى أنه طلاق صادف مدخولاً بها من غير عوض ولا استيفاء عدد فكان رجعياً كالطلاق في غير الإيلاء .

ووجه الرواية الثانية وهي أصح أنها فرقة تدفع الضرر فكانت بائناً كفرقة العنة .

ولأنها لو كانت رجعية لم يندفع الضرر ؛ لأنه يرتجعها فيبقى الضرر .

مسألة : (**فإن طلق عليه ثلاثاً فهي ثلاث**) .

أما المولي إذا امتنع من الفيئة والطلاق وقام الحاكم مقامه فإنه يملك من الطلاق ما يملكه المولي وإليه الخيرة فيه إن شاء طلق واحدة وإن شاء اثنتين أو ثلاثاً وإن شاء فسخ . قال القاضي : هذا ظاهر كلام أحمد ؛ لأن الحاكم قائم مقامه فملك من الطلاق ما يملكه كما لو وكله في ذلك . قال أحمد : إذا قال فرقت بينكما فإنما هو فسخ ، وإذا قال : طلقت واحدة فهي واحدة ، وإذا قال ثلاثاً فهي ثلاث .

مسألة : **(وإن طلق واحدة وراجع وقد بقي من مدة الإيلاء أكثر من أربعة أشهر كان الحكم كما حكمنا في الأول)** .

أمّا إذا طلق المولي أو طلق الحاكم عليه أقل من ثلاث فله رجعتها ، وعن أحمد أن تفريق الحاكم ليس فيه رجعة .

فعلى هذا يكون طلاق الحاكم بائناً ليس فيه رجعة .

وقال أبو بكر : في كل فرقة فرقها الحاكم روايتان لعاناً كان أو غيره :

إحداهما : تحرم على التأبيد واختارها .

والثانية : له المراجعة فيها لعقد جديد وهذا الصحيح وليس في كلام أحمد ما يقتضي تحريمها عليه .

ولأنه لم يوجد سبب يقتضي تحريمها عليه وتفريق الحاكم لا يقتضي سوى التفريق بينهما في هذا النكاح ولذلك لو فرق بينهما لأجل العنة لم تحرم عليه .

وأما فرقة اللعان فإنها تحصل بدون تفريق الحاكم ولو حصلت بتفريقه غير أن المقتضي للتفريق والتحريم اللعان بدليل أنه لا يجوز إقرارهما على النكاح وإن تراضوا به بخلاف مسألتنا ، وأما على قول الخرقي فإن الطلاق إذا كان دون الثلاث فهو رجعي سواء أكان من المولي أو الحاكم وهذا مذهب الشافعي ؛ لأن الحاكم نائبه فلم يقع طلاقه مفيداً كما لم يفده طلاق المولي كالوكيل ، فإن لم يراجع حتى انقضت عدتها بانت و لم يلحقها طلاق ثان وهذا مذهب الشافعي .

وأما إن فسخ الحاكم النكاح فليس للمولي الرجوع عليها إلا بنكاح جديد سواء كان في العدة أو بعدها ولا ينقض به عدد طلاقه ؛ لأنه ليس بطلاق فأشبه فسخ النكاح لعيبه أو عنته .

إذا ثبت هذا فإنه إذا طلق دون الثلاث فراجعها في عدتها فإن مدة الإيلاء تنقطع بالطلاق ولا يحتسب عليه بما قبل الرجعة من المدة ؛ لأنها صارت ممنوعة منه بغير اليمين فانقطعت المدة كما لو كان الطلاق بائناً فإن راجع استؤنفت المدة من حين رجعته فإن كان الباقي منها أقل من أربعة أشهر سقط الإيلاء وإن كان أكثر منها تربصنا به أربعة أشهر ثم وقفناه ليفيء أو يطلق ثم يكون الحكم هاهنا

كالحكم في وقفه الأول فإن طلق أو طلق الحاكم عليه واحدة ثم راجع وقد بقي من مدة الإيلاء أكثر من أربعة أشهر انتظرناه أربعة أشهر[1] ثم طولب بالفيئة أو الطلاق فإن طلق فقد كملت الثلاث وحرمت عليه وهذا مذهب الشافعي .

وقال ابن حامد : إذا طلق استؤنفت المدة الأخرى من حين طلق فلو تمت أربعة أشهر قبل انقضاء عدة الطلاق وقف ثانياً فإن فاء وإلا أمر بالطلاق وهذا مذهب مالك ، فإن انقضت العدة قبل مدة الإيلاء بانت وانقطع الإيلاء فإن راجع في العدة قبل مدة الإيلاء تربص به تمام أربعة أشهر من حين طلق .

وقال ابن مسعود : الطلاق يهدم الإيلاء وهذا يحتمل أن يكون معناه أنه يقطع مدته فلا يحتسب بمدته قبل الرجعة فيكون كقول الخرقي ويحتمل أنه يزيل حكمه بالكلية ؛ لأنه قد وفاها حقها بالطلاق فسقط حكم الإيلاء كما لو وطئها ، والجواب عن هذا أن حكم اليمين باق في المنع من الوطء فيبقى الإيلاء كما لو لم يطلق بخلاف الفيئة فإنها ترفع اليمين لحصول الحنث فيها .

مسألة : **(ولو أوقفناه بعد الأربعة أشهر[2] فقال : قد أصبتها فإن كانت ثيباً كان القول قوله مع يمينه)** .

وهذا قول الشافعي ؛ لأن الأصل بقاء النكاح ، والمرأة تدعي ما يلزمه به رفعه وهو يدعي ما يوافق الأصل ويبقيه فكان القول قوله كما لو ادعى الوطء في العنة .

ولأن هذا أمر خفي لا يعلم إلا من جهته فقبل قوله فيه كقول المرأة في حيضها وتلزمه اليمين ؛ لأن ما تدعيه المرأة محتمل فوجب نفيه باليمين ونص أحمد في رواية الأثرم على أنه لا يلزمه اليمين ؛ لأنه لا يقضى فيه بالنكول وهذا اختيار أبي بكر ، وأما إن كانت بكراً أو اختلفا في الإصابة أريت النساء الثقات فإن شهدن بثيوبتها فالقول قوله ، وإن شهدن ببكارتها فالقول قولها ؛ لأنه لو وطئها زالت بكارتها ، وظاهر قول الخرقي أنه لا يمين هاهنا لقوله في باب العنين : فإن

---

(١) زيادة من المغني ٨: ٥٤٦.

(٢) في الأصل: الأشهر. وما أثبتناه من المغني ٨: ٥٤٧.

شهدن بما قالت أجل سنة و لم يذكر يمينه وهذا قول أبي بكر ؛ لأن البينة تشهد لها فلا تجب اليمين معها .

ولو كانت هذه المرأة غير مدخول بها فادعى أنه أصابها وكذبته ثم **طلقها** وأراد رجعتها كان القول قولها فقبل قوله في الإصابة في الإيلاء ولا يقبل في إثبات الرجعة له ، وقد سبق تعليل ذلك في باب الرجعة .

مسألة : **(ولو آلى منها فلم يصبها حتى طلقها وانقضت عدتها منه ثم نكحها وقد بقي من مدة الإيلاء أكثر من أربعة أشهر وقف لها كما وصفت)** .

أما المولي إذا بان زوجته انقطعت مدة الإيلاء بغير خلاف علمناه سواء بانت بفسخ أو طلاق ثلاث أو بخلع أو بانقضاء عدتها من حين[1] الطلاق الرجعي ؛ لأنها صارت أجنبية منه و لم يبق شيء من أحكام نكاحها فإن عاد فتزوجها عاد حكم الإيلاء من حين تزوجها واستؤنفت المدة من حينئذ فإن كان الباقي من مدة يمينه أربعة أشهر فما دون لم يثبت ؛ لأن مدة التربص أربعة أشهر وإن كان أكثر من أربعة أشهر تربص أربعة أشهر ثم وقف لها فأما أن يفيء أو يطلق ، فإن لم يطلق طلق الحاكم عليه وهذا قول مالك ؛ لأنه ممتنع من وطء امرأته بيمين في حال نكاحها فثبت له حكم الإيلاء كما لو لم يطلق .

مسألة : **(ولو آلى منها واختلفا في مضي الأربعة أشهر كان القول قوله في أنها لم تمض مع يمينه)** .

إنما كان كذلك ؛ لأن الاختلاف في مضي المدة ينبني على الخلاف في وقت يمينه فإنهما لو اتفقا على وقت اليمين حسب من ذلك الوقت فعلم هل انقضت المدة أو لا وزال الخلاف ، أما إذا اختلفا في وقت اليمين فقال : حلفت في غرة رمضان وقالت : بل حلفت في غرة شعبان فالقول قوله لأمر يصدر من جهته وهو أعلم به فكان القول قوله فيه كما لو اختلفا في أصل الإيلاء .

ولأن الأصل عدم الحلف في غرة شعبان فكان قوله في نفيه موافقاً للأصل .

---

(١) زيادة من المغني ٨: ٥٤٩.

قال الخرقي : ويكون ذلك مع يمينه وهو مذهب الشافعي وذهب أبو بكر إلى أنه لا يمين عليه .

قال القاضي : وهو أصح ؛ لأنه اختلاف في أحكام النكاح فلم تشرع فيه يمين كما لو ادعى زوجية امرأة فأنكرته ، ووجه قول الخرقي قول النبي ﷺ : «اليمين على المدعى عليه»[1] .

ولأنه حق لآدمي يجوز بذله فيستحلف فيه كالديون . والله أعلم .

(١) سبق تخريجه ص: ٧٢.

كتاب الظهار

الظهار مشتق من الظهر. وإنما خصوا الظهر بذلك من بين سائر الأعضاء؛ لأن كل مركوب يسمى ظهرًا؛ لحصول الركوب على ظهره في الأغلب. فشبهوا الزوجة بذلك وهو محرم؛ لقول الله تعالى: ﴿وإنهم ليقولون منكرًا من القول وزورًا﴾ [المجادلة: ٢] ومعناه: أن الزوجة ليست كالأم في التحريم قال الله: ﴿ما هُنَّ أمهاتِهم﴾ [المجادلة: ٢] وقال تعالى: ﴿وما جعل أزواجكم اللائي تظاهرون منهن أمهاتكم﴾ [الأحزاب: ٤].

والأصل في الظهار الكتاب والسنة.

أما الكتاب؛ فقوله تعالى: ﴿الذين يظهرونَ منكم من نسائهم ما هن أمهاتِهم﴾ [المجادلة: ٢] والآيتان بعدها.

وأما السنة؛ فما روى أبو داود بإسناده عن خُويلة بنت مالك بن ثعلبة قالت: «تظاهر مني أوس بن الصامت. فجئت رسول الله ﷺ أشكو، ورسول الله ﷺ يجادلني فيه، ويقول: اتق الله فإنه ابن عمك. فما برحت حتى نزل القرآن. ﴿قد سمع الله قول التي تجادلك في زوجها﴾ [المجادلة: ١]. فقال: يعتق رقبة. فقلت: لا يجد. قال: فيصوم شهرين متتابعين. فقلت: يا رسول الله! إنه شيخ كبير ما به من صيام. قال: فليطعم ستين مسكينًا. قلت: ما عنده من شيء يتصدق به. قال: إني سأعينه بعرق من تمر. فقلت: يا رسول الله! فإني أعينه بعرق آخر. قال: قد أحسنت. اذهبي فأطعمي بها عنه ستين مسكينًا وارجعي إلى ابن عمك»[1].

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٢٢١٤) ٢: ٢٦٦ كتاب الطلاق، باب في الظهار.

والعَرَق ستين صاعاً ، ولأحمد معناه لكنه لم يذكر فيه قدر العرق وقال فيه : «فليطعم ستين مسكيناً وسقاً من تمر »[1] . ولأبي داود رواية أخرى : « والعرق مكتل يسع ثلاثين صاعاً »[2] وقال : هذا أصح .

وله عن عطاء عن أوس « أن النبي ﷺ أعطاه خمسة عشر صاعاً من شعير إطعام ستين مسكيناً »[3] وهذا مرسل . قال أبو داود : عطاء لم يدرك أوساً .

إذا ثبت هذا فكل زوج صح طلاقه صح ظهاره وإن كان ذمياً أو عبداً ومن لا فلا ؛ لأنها يمين موجبة للكفارة أشبه اليمين با لله تعالى .

مسألة : قال أبو القاسم رحمه ا لله : **(وإذا قال لزوجته : أنت عليَّ كظهر أمي أو كظهر امرأة أجنبية أو أنت علي حرام أو حرّم عضواً من أعضائها فلا يطأها حتى تأتي بالكفارة)** .

النظر في هذه المسألة في أحكام :

الأول : أنه إذا شبه امرأته بمن تحرم عليه على التأبيد فقال : أنت علي كظهر أمي أو أختي أو غيرهما فهو مظاهر فهذا ظهار إجماعاً حكاه ابن المنذر في تشبيهها بظهر الأم وقد دل عليه حديث خويلة فأما إن شبهها بظهر من تحرم عليه من ذوي رحمه كجدته وعمته وخالته وأخته فهو ظهار أيضاً في قول أكثر أهل العلم منهم أبو حنيفة وأصحابه ومالك والشافعي في الجديد لأنهن محرمات بالقرابة فأشبهن الأم .

وإن شبهها بظهر من تحرم عليه على التأبيد سوى الأقارب كالأمهات المرضعات والأخوات من الرضاعة وحلائل الآباء والأبناء وأمهات النساء والربائب اللاتي دخل بهن فهو ظهار أيضاً في قول من سمينا في المسألة قبلها .

الحكم الثاني : إن شبهها بظهر من تحرم عليه في حال دون حال كأخت امرأته وعمتها والأجنبية ففيه روايتان :

---

(١) أخرجه أحمد في مسنده (٢٦٧٧٤) طبعة إحياء التراث.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٢٢١٥) الموضع السابق.

(٣) أخرجه أبو داود في سننه (٢٢١٨) ٢: ٢٦٧ الموضع السابق.

أصحهما : أنه ظهار وهو اختيار الخرقي وقول أصحاب مالك .

والأخرى : ليس بظهار وهو مذهب الشافعي ؛ لأنها غير محرمة على التأبيد فلا يكون التشبيه بها ظهاراً كالحائض والمحرمة من نسائه .

ووجه الأول أنه شبهها بمحرمة فأشبه ما لو شبهها بالأم .

ولأن مجرد قوله : أنت علي حرام ظهار إذا نوى به الظهار والتشبيه بالمحرمة تحريم فكان ظهاراً ، وأما الحائض فيباح الاستمتاع بها في غير الفرج والمحرمة يحل له النظر إليها ولمسها لغير شهوة ، وليس في وطء واحدة منهما حد بخلاف مسألتنا ، واختار أبو بكر أن الظهار لا يكون إلا من ذوات المحارم .

الحكم الثالث : إذا قال : أنت علي حرام فإن نوى به الظهار فهو ظهار في قول عامتهم منهم أبو حنيفة والشافعي ، وإن نوى به الطلاق فطلاق فإن أطلق ففيه روايتان أصحهما هو ظهار ذكره الخرقي في موضع آخر ونص عليه أحمد في رواية جماعة من أصحابه وذكره إبراهيم الحربي عن عثمان وابن عباس وأبي قلابة وسعيد بن جبير وميمون بن مهران والبتي أنهم قالوا : الحرام ظهار ، وروي عن أحمد ما يدل على أن التحريم يمين ، قال ابن عباس : التحريم يمين في كتاب الله تعالى . قال الله تعالى : ﴿يا أيها النبي لم تحرم ما أحل الله لك﴾ [التحريم : ١] ثم قال : ﴿قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم﴾ [التحريم : ٢] وأكثر الفقهاء على أن التحريم إذا لم ينو به الظهار ليس بظهر وهو قول أبي حنيفة ومالك والشافعي . ووجه ذلك الآية المذكورة وأن التحريم يتنوع منه ما هو بظهار وطلاق وحيض وإحرام وصيام فلا يكون التحريم صريحاً في واحد منها ولا ينصرف إليه بغير نية كما لا ينصرف إلى تحريم الطلاق . ووجه الأول أنه تحريم أوقعه في امرأته فكان بإطلاقه ظهاراً كتشبيهها بظهر أمه ، وقولهم أن التحريم يتنوع قلنا إلا أن تلك الأنواع منتفية ولا يحصل بقوله منها إلا الطلاق وهذا أولى منه ؛ لأن الطلاق تبين به المرأة وهذا يحرمها مع بقاء الزوجية فكان أدنى التحريمين فكان أولى . وأما إن قال ذلك لمحرمة عليهن بحيض أو نحوه وقصد الظهار فهو ظهار وإن قصد أنها

محرمة عليه بذلك السبب فلا شيء فيه وإن أطلق فليس بظهار ؛ لأنه يحتمل الخبر عن حالها ، ويحتمل إنشاء التحريم فيها بالظهار فلا يتعين أحدهما بغير تعيين .

فصل

وإن قال : الحل عليَّ حرام أو ما أحل الله علي حرام أو ما انقلب إليه حرام وله امرأة فهو مظاهر نص عليه أحمد في الصور الثلاث ؛ لأن لفظه يقتضي العموم فيتناول المرأة بعمومه وإن صرح بتحريم المرأة أو نواها فهو آكد . قال أحمد فيمن قال : ما أحل الله علي حرام من أهل ومال عليه كفارة الظهار هو يمين وتجزئه كفارة واحدة في ظاهر كلام أحمد ، واختار ابن عقيل أنه تلزمه كفارتان للظهار ولتحريم المال ؛ لأن التحريم يتناولهما وكل واحد منهما لو انفرد أوجب كفارة فكذلك إذا اجتمعا .

ووجه الأول : أنها يمين واحدة فلا توجب كفارتين كما لو تظاهر من امرأتين وحرم من ماله شيئين وما ذكره ينتقض بهذا ، وفي قول أحمد هو يمين إشارة إلى التعليل بما ذكرنا ؛ لأن اليمين الواحدة لا توجب أكثر من كفارة ، وإن نوى بقوله ما أحل علي حرام وغيره من لفظات العموم المال لم تلزمه إلا كفارة يمين ؛ لأن اللفظ العام يجوز استعماله في الخاص وعلى الرواية الأخرى التي تقول إن الحرام بإطلاقه ليس بظهار لا يكون هاهنا مظاهراً إلا أن ينوي الظهار .

الحكم الرابع : إذا شبه عضواً من امرأته بظهر أمه أو عضو من أعضائها فهو مظاهر فلو قال : فرجك أو ظهرك أو رأسك أو جلدك علي كظهر أمي أو ثديها أو رأسها أو يدها فهو مظاهر وبهذا قال مالك وهو نص الشافعي . وعن أحمد أنه ليس بمظاهر حتى يشبه جملة امرأته ؛ لأنه لو حلف با لله لا يمس عضواً منها لم يسر إلى غيره فكذلك المظاهرة .

ولأن هذا ليس بمنصوص عليه ولا هو في معنى المنصوص ؛ لأن تشبيه جملتها تشبيه لمحل الاستمتاع بما يتأكد تحريمه وفيه تحريم لجملتها فيكون آكد .

الحكم الخامس : أن المظاهر يحرم عليه وطء امرأته قبل أن يكفر وليس في هذا اختلاف إذا كانت الكفارة عتقاً أو صوماً ؛ لقول الله تعالى : ﴿فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا﴾ [المجادلة :٣] وقوله : ﴿فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا﴾ [المجادلة :٤] وأكثر أهل العلم على أن التكفير بالإطعام مثل ذلك وأنه يحرم وطؤها قبل التكفير ، منهم أبو حنيفة وأصحابه والشافعي ، وعن أحمد يباح الوطء قبل التكفير بالإطعام وبه قال أبو ثور ؛ لأن الله تعالى لم يمنع المسيس قبله كما في العتق والصيام .

والأول أصح ؛ لما روى عكرمة عن ابن عباس « أن رجلاً أتى النبي ﷺ فقال : يا رسول الله! إني تظاهرت من امرأتي فوقعت عليها قبل أن أكفر . فقال : ما حملك على ذلك يرحمك الله ؟ قال : رأيت خلخالها في ضوء القمر . قال : فلا تقربها حتى تفعل ما أمرك الله »[1] . رواه أبو داود والترمذي وقال : حديث حسن .

ولأنه مظاهر لم يكفر فحرم عليه جماعها كما لو كانت كفارته العتق أو الصيام وترك النص عليها لا يمنع قياسها على المنصوص الذي في معناها .

وفي التلذذ بما دون الفرج كالقبلة واللمس والمباشرة دون الفرج قبل التكفير روايتان :

إحداهما : تحريمه اختارها أبو بكر وهو قول الزهري وأبي حنيفة وأصحابه ومالك وأحد قولي الشافعي ؛ لأن ما حرم الوطء من القول حرم دواعيه كالطلاق والإحرام .

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٢٢٢١) ٢: ٢٦٨ كتاب الطلاق، باب في الظهار.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١١٩٩) ٣: ٥٠٣ كتاب الطلاق واللعان، باب ما جاء في المظاهر يواقع قبل أن يكفر.
وأخرجه النسائي في سننه (٣٤٥٨) ٦: ١٦٧ كتاب الطلاق، باب الظهار.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٠٦٥) ١: ٦٦٦ كتاب الطلاق، باب المظاهر يجامع قبل أن يكفر.

والثانية : لا تحرم . قال أحمد أرجو أن لا يكون به بأس وحكي هذا عن أبي حنيفة ومالك وهو القول الثاني للشافعي ؛ لأنه وطء يتعلق بتحريمه إذا ارتكبه مال فلم يتجاوزه التحريم كوطء الحائض .

فصل

ويصح الظهار مؤقتاً كقوله : أنت علي كظهر أمي شهراً أو حتى ينسلخ شهر شعبان فإذا مضى الوقت زال الظهار ودخلت بلا كفارة ولا يكون عائداً إلا بالوطء في المدة وهذا قول ابن عباس وعطاء والثوري وإسحاق وهو أحد قولي الشافعي ؛ لما روى سلمة بن صخر البياضي قال : « كنت امرءاً قد أوتيت من جماع النساء ما لم يؤت غيري فلما دخل رمضان ظاهرت من امرأتي حتى ينسلخ رمضان فرقاً من أن أصيب في ليلتي شيئاً فأتتابع في ذلك إلى[1] أن يدركني النهار وأنا لا أقدر أن أنزع فبينا هي تخدمني من الليل إذ انكشف منها شيء فوثبت عليها فلما أصبحت غدوت على قومي فأخبرتهم خبري وقلت لهم : انطلقوا معي إلى رسول الله ﷺ فأخبره بأمري فقالوا : والله لا نفعل نتخوف أن ينزل فينا قرآن أو يقول فينا مقالة يبقى علينا عارها ولكن اذهب أنت فاصنع ما بدا لك . فخرجت حتى أتيت رسول الله ﷺ فأخبرته خبري فقال لي : أنت بذاك فقلت : أنا بذاك فقال : أنت بذاك فقلت : أنا بذاك فقال : أنت بذاك فقلت : نعم ها أنا ذا فأمض فيّ حكم الله فأنا صابر فقال : أعتق رقبة فضربت صفحة رقبتي بيدي وقلت : لا والذي بعثك بالحق ما أصبحت أملك غيرها قال : فصم شهرين متتابعين قال : قلت : يا رسول الله وهل أصابني ما أصابني إلا في الصوم قال : فتصدق قال : قلت : والذي بعثك بالحق لقد بتنا ليلتنا ما لنا عشاء قال : اذهب إلى صاحب صدقة بني زريق فقل له فليدفعها إليك فأطعم عنك منها وسقاً من تمر بين ستين مسكيناً ثم استعن بسائره عليك وعلى عيالك قال : فرجعت إلى قومي فقلت : وجدت عندكم الضيق وسوء الرأي ووجدت عند رسول الله ﷺ السعة والبركة

---

(١) زيادة من السنن.

وقد أمرني بصدقتكم فأدوها إلي قال: فدفعوها إلي »[1]. رواه أحمد وأبو داود والترمذي وقال: حديث حسن.

فلم يعتبر عليه تقييده.

ولأنه منع نفسه منها بيمين لها كفارة فصح مؤقتاً كالإيلاء.

مسألة: (**فإن مات أو ماتت أو طلقها لم تلزمه الكفارة. فإن عاد فتزوجها لم يطأها حتى يكفّر؛ لأن الحنث بالعود وهو الوطء؛ لأن الله عز وجل أوجب الكفارة على المُظاهِر قبل الحنث**).

هذه المسألة تشتمل على أحكام ثلاثة:

الأول: أن الكفارة لا تجب بمجرد الظهار فلو مات أحدهما أو فارقها قبل العود فلا كفارة عليه وهذا قول الحسن وأبي حنيفة ومالك؛ لقول الله تعالى: ﴿والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة﴾ [المجادلة: ٣] فأوجب الكفارة بشرطين ظهار وعود فلا يثبت بأحدهما.

ولأن الكفارة في الظهار كفارة يمين فلا تجب بغير الحنث كسائر الأيمان، والحنث فيها هو العود وذلك فعل ما حلف على تركه وهو الجماع.

إذا ثبت هذا فإنه لا كفارة عليه إذا مات أحدهما قبل وطئها وكذلك إن فارقها سواء كان ذلك عقيب يمينه أو متراخياً وأيهما مات ورثه صاحبه في قول أكثر العلماء؛ لأن الزوجية موجودة فيورث بها لعموم الآية.

ولأنه يمين فلا تمنع الإرث كالإيلاء.

ولأن من ورثها بعد التكفير ورثها قبله كالإيلاء.

الحكم الثاني: أنه إذا طلق المظاهر منها ثم تزوجها لم يحل له وطئها قبل التكفير سواء أبانها بطلقة أو ثلاث وسواء رجعت إليه بعد زوج آخر أو قبله نص عليه أحمد وهو قول الزهري ومالك لعموم قوله تعالى: ﴿والذين يظاهرون من

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٢٢١٣) ٢: ٢٦٥ كتاب الطلاق، باب في الظهار.
وأخرجه الترمذي في جامعه (٣٢٩٩) ٥: ٤٠٥ كتاب تفسير القرآن، باب ومن سورة المجادلة.
وأخرجه أحمد في مسنده (١٥٩٨٦) طبعة إحياء التراث.

نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا﴾ [المجادلة :٣] وهذا قد ظاهر من امرأته فلا يحل أن يتماسا حتى يكفر كالتي لم يطلقها .

ولأن الظهار يمين مكفرة فلم يبطل حكمها بالطلاق كالإيلاء .

الحكم الثالث : أن العود هو الوطء فمتى وطئ لزمته الكفارة ولا تجب قبل ذلك إلا أنها شرط لحل الوطء فيؤمر بها من أراده ليستحله بها كما يؤمر بعقد النكاح من أراد حل المرأة ؛ لأن العود فعل ضد قوله ، ومنه : العائد في هبته ، هو الراجع في الموهوب ، والعائد في عدته ، التارك للوفاء بما وعد ، والعائد فيما نُهي عنه فاعل المنهي عنه . قال الله تعالى : ﴿ثم يعودون لما نهوا عنه﴾ [المجادلة :٨] فالمظاهر محرم للوطء على نفسه ومانع لها منه فالعود فعله . وقال القاضي وأصحابه : العود : العزم على الوطء إلا أنهم لم يوجبوا الكفارة على العازم على الوطء إذا مات أحدهما أو طلق قبل الوطء إلا أبا الخطاب فإنه قال : إذا مات بعد العزم أو طلق فعليه الكفارة وهذا قول مالك وأبي عبيد ، وقد أنكر أحمد هذا فقال مالك : يقول إذا أجمع لزمته الكفارة فكيف يكون هذا لو طلقها بعد ما يجمع كان عليه كفارة ؟ إلا أن يكون يذهب إلى قول طاووس إذا تكلم بالظهار لزمه مثل الطلاق و لم يعجب أحمد قول طاووس .

وقال أحمد في قوله تعالى : ﴿ثم يعودون لما قالوا﴾ [المجادلة :٣] قال : العود[(١)] الغشيان إذا أراد أن يغشى كفر ، واحتج من ذهب إلى هذا بقوله تعالى : ﴿ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا﴾ [المجادلة :٣] فأوجب الكفارة بعد العود قبل التماس ومما حرم قبل الكفارة لا يجوز كونه متقدماً عليها .

ولأنه قصد بالظهار تحريمها فالعزم على وطئها عود فيما قصده .

ولأن الظهار تحريم فإذا أراد استباحتها فقد رجع في ذلك التحريم فكان عائداً . والأول المذهب لما ذكرنا .

---

(١) زيادة من المغني ٨: ٥٧٥.

وقولهم : إن العود يتقدم التكفير والوطء يتأخر عنه قلنا : المراد بقوله : ﴿ثم يعودون﴾ [المجادلة :٣] أي يريدون العود لقول الله : ﴿إذا قمتم إلى الصلاة﴾ [المائدة:٦] أي أردتم ذلك وقوله تعالى : ﴿فإذا قرأت القرآن فاستعذ بالله﴾ [النحل :٩٨] فإن قيل : فهذا تأويل ثم هو رجوع إلى إيجاب الكفارة بالعزم المجرد قلنا : دليل التأويل ما ذكرنا .

وأما الأمر بالكفارة عند العزم فإنما أمر بها شرطاً للحل كالأمر بالطهارة لمن أراد صلاة النافلة والأمر بالنية لمن أراد الصيام ، ويدل على إبطال قول القاضي ومن وافقه أن الظهار يمين مكفرة فلا تجب الكفارة إلا بالحنث فيها وهو فعل ما حلف على تركه كسائر الأيمان وتجب الكفارة بذلك كسائر الأيمان .

ولأنها يمين تقتضي ترك الوطء فلا تجب كفارتها إلا به كالإيلاء .

مسألة : **(وإذا قال لامرأة أجنبية : أنت علي كظهر أمي لم يطأها إن تزوجها حتى يأتي بالكفارة)** .

أما الظهار من الأجنبية فيصح سواء قال ذلك لامرأة بعينها أو قال : كل النساء علي كظهر أمي وسواء أوقعه مطلقاً أو علقه على التزويج فقال : كل امرأة أتزوجها هي علي كظهر أمي ، ومتى تزوج التي ظاهر منها لم يطأها حتى يكفر يروى نحو هذا عن عمر بن الخطاب وبه قال سعيد بن المسيب وعروة وعطاء والحسن ومالك وإسحاق . قال صاحب المغني : ويحتمل أن لا يثبت حكم الظهار قبل التزويج وهو قول أبي حنيفة والشافعي ويروى ذلك عن ابن عباس ؛ لقول الله تعالى : ﴿والذين يظاهرون من نسائهم﴾ [المجادلة :٣] والأجنبية ليست من نسائه .

ولأن الظهار يمين ورد الشرع بحكمها مقيداً بنسائه فلم يثبت حكمها في الأجنبية كالإيلاء فإن الله قال : ﴿والذين يظاهرون من نسائهم﴾ [المجادلة :٣] كما قال : ﴿للذين يؤلون من نسائهم﴾ [البقرة :٢٢٦] .

ولأنها ليست بزوجة فلم يصح الظهار منها كأمته .

ولأنه حرم محرمة فلم يلزمه شيء كما لو قال : أنت علي حرام .

ولأنه نوع تحريم فلم يتقدم النكاح كالطلاق .

والأول المذهب ؛ لما روى الإمام أحمد بإسناده عن عمر بن الخطاب « أنه قال في رجل قال : إن تزوجتُ فلانة فهي عليَّ كظهر أمي . فتزوجها . قال : عليه كفارةُ الظهار »[1] .

ولأنها يمين مكفرة فصح انعقادها قبل النكاح كاليمين با لله تعالى .

وأما الآية فإن التخصيص خرج مخرج الغالب فإن الغالب أن الإنسان إنما يظاهر من نسائه فلا يوجب تخصيص الحكم بهن كما أن تخصيص الربيبة التي في حجره بالذكر لم يوجب اختصاصها بالتحريم .

وأما الإيلاء فإنما اختص حكمه بنسائه لكونه يقصد الإضرار بهن دون غيرهن والكفارة هاهنا وجبت لقول المنكر والزور ولا يختص ذلك بنسائه .

ويفارق الظهار الطلاق من وجهين :

أحدهما : أن الطلاق حل قيد النكاح ولا يمكن حله قبل عقده والظهار تحريم الوطء فيجوز تقديمه على العقد كالحيض .

والثاني : أن الطلاق يرفع العقد فلم يجز [أن يسبقه][2] وهذا لا يرفعه وإنما يعلق الإباحة على شرط فجاز تقدمه ، وأما الظهار من الأمة فقد انعقد يميناً وجبت به الكفارة ولم تجب كفارة الظهار ؛ لأنها ليست امرأته حال التكفير بخلاف مسألتنا .

مسألة : (**ولو قال : أنت علي حرام وأراد في تلك الحال لم يكن عليه شيء وإن تزوجها ؛ لأنه صادق وإن أراد في كل حال لم يطأها وإن تزوجها حتى يأتي بكفارة الظهار**) .

أما إذا أراد بقوله : أنت علي حرام الإخبار عن حرمتها في الحال فلا شيء عليه ؛ لأنه صادق لكونه وصفها بصفتها ولم يقل منكراً ولا زوراً وكذلك لو أطلق هذا القول ولم يكن له نية فلا شيء عليه لذلك وإن أراد تحريمها في كل حال

(١) أخرجه مالك في موطئه (٢٠) ٢: ٤٣٩ كتاب الطلاق ، باب ظهار الحر.

(٢) زيادة من المغني ٨: ٥٧٩.

فهو ظهار ؛ لأن لفظة الحرام إذا أريد بها الظهار ظهار في الزوجة فكذلك في الأجنبية فصار كقوله : أنت علي كظهر أمي .

مسألة : **(ولو ظاهر من زوجته وهي أمة فلم يكفر حتى ملكها انفسخ النكاح ولم يطأها حتى يكفر)** .

أما الظهار فيصح من كل زوجة أمة كانت أو حرة فإذا ظاهر من زوجته الأمة ثم ملكها انفسخ النكاح ، واختلف أصحابنا في حكم بقاء الظهار فذكر الخرقي هاهنا أنه باق ولا يحل له الوطء حتى يكفر وبه قال أبو حنيفة وأصحابه ومالك ونص عليه الشافعي . قال القاضي : المذهب ما ذكر الخرقي وهو قول ابن حامد ؛ لقول الله : ﴿والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا﴾ [المجادلة :٣] وهذا قد ظاهر من زوجته فلم يحل له مسها حتى يكفر .

ولأن الظهار قد صح فيها وحكمه لا يسقط بالطلاق المزيل للملك والحل فيملك اليمين أولى .

ولأنها يمين انعقدت موجبة لكفارته فوجبت دون غيرها كسائر الأيمان .

وقال أبو بكر عبدالعزيز : يسقط الظهار بملكه لها وإن وطئها حنث وعليه كفارة يمين كما لو تظاهر منها وهي أمته ؛ لأنها خرجت عن الزوجات وصار وطؤه لها بملك اليمين فلم يكن موجباً لكفارة الظهار كما لو تظاهر منها وهي أمته ، ويقتضي قول أبي بكر هذا أن يباح وطؤها قبل التكفير ؛ لأنه أسقط الظهار وجعله يميناً كتحريم أمته فإن أعتقها عن كفارته صح على القولين فإن تزوجها بعد ذلك حلت له بغير كفارة ؛ لأنه كفر عن ظهاره بإعتاقها ولا يمتنع إجزاؤها عن الكفارة التي وجبت بسببها كما لو قال : إن ملكت أمة فلله علي عتق رقبة فملك أمة فأعتقها وإن أعتقها عن غير الكفارة ثم تزوجها عاد حكم الظهار ولم تحل له حتى يكفر .

مسألة : **(ولو تظاهر من أربع نسائه بكلمة واحدة لم يكن عليه أكثر من كفارة)** .

أما إذا ظاهر من نسائه الأربع بلفظ واحد فقال : أنتن علي كظهر أمي فليس عليه أكثر من كفارة بغير خلاف في المذهب حكاه صاحب المغني وهو قول عمر وعلي، وبه قال مالك والشافعي في القديم ، وعن أحمد عليه لكل امرأة كفارة وبه قال الحسن وأبو حنيفة وأصحابه والشافعي في الجديد ؛ لأنه وجد الظهار والعود في حق كل امرأة منهن فوجب عليه عن كل واحدة كفارة كما لو أفردها به .

ووجه الرواية الأولى قول عمر وعلي رواه عنهما الأثرم ولا نعرف لهما في الصحابة مخالف فكان إجماعاً .

ولأن الظهار كلمة تجب بمخالفتها الكفارة فإذا وجدت في جماعة أوجبت كفارة واحدة كاليمين با لله ، وفارق ما إذا ظاهر منها[1] بكلمات فإن كل كلمة تقتضي كفارة ترفعها وتكفر إثمها وهاهنا الكلمة واحدة فالكفارة الواحدة ترفع حكمها وتمحوا إثمها فلا يبقى لها حكم .

ومفهوم كلام الخرقي أنه إذا ظاهر منهن بكلمات فقال لكل واحدة : أنت علي كظهر أمي فإن لكل يمين كفارة وهذا قول عروة وعطاء .

قال ابن حامد : المذهب رواية واحدة في هذا .

قال القاضي : المذهب عندي ما ذكر الشيخ أبو عبدا لله .

وقال أبو بكر : فيه رواية أخرى أنه يجزئه كفارة واحدة ، واختار ذلك لأن كفارة الظهار حق لله تعالى فلم تتكرر بتكرر سببها كالحد وعليه يخرج الطلاق .

ووجه الرواية الأولى أنها أيمان متكررة على أعيان متفرقة فكان لكل واحدة كفارة كما لو كفر ثم ظاهر .

ولأنها أيمان لا يحنث في أحدها بالحنث في الأخرى فلا تكفرها كفارة واحدة كالأصل .

ولأن الظهار معنى يوجب الكفارة فتتعدد الكفارة بتعدده في المحال المختلفة كالقتل . ويفارق الحد فإنها عقوبة تدرأ بالشبهات وإما إن ظاهر من زوجته مراراً

---

(١) زيادة من المغني ٨: ٥٨٢.

فلم يكفر فكارة واحدة؛ لأن الحنث واحد فوجبت به كفارة واحدة كما لو كانت اليمين واحدة.

مسألة: (**والكفارة عتق رقبة مؤمنة سالمة من العيوب المضرة بالعمل**).

في هذه المسألة ثلاثة أحكام:

الأول: أن كفارة الظهار للقادر على الإعتاق عتق رقبة لا يجزئه غير ذلك بغير خلاف بين أهل العلم.

والأصل في ذلك: قول الله تعالى: ﴿والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا﴾ [المجادلة: ٣] ﴿فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا﴾ [المجادلة: ٤].

وقول النبي ﷺ لأوس بن الصامت حين ظاهر من امرأته: «يعتق رقبة قلت: لا يجد قال: فيصوم»[1].

وقوله لسلمة بن صخر مثل ذلك.

فمن وجد رقبة يستغني عنها أو وجد ثمنها فاضلاً عن حاجته ووجدها به لم يجزئه إلا الإعتاق؛ لأن وجود المبدل إذا منع الانتقال إلى البدل كانت القدرة على ثمنه تمنع الانتقال كالماء وثمنه يمنع الانتقال إلى التيمم.

الحكم الثاني: أنه لا يجزئه إلا عتق رقبة مؤمنة في كفارة الظهار وسائر الكفارات هذا ظاهر المذهب وهو قول الحسن ومالك والشافعي، وعن أحمد رواية ثانية أنه يجزئ فيما عدا كفارة القتل من الظهار وغيره عتق رقبة ذمية وهو قول أبي حنيفة وأصحابه؛ لأن الله تعالى أطلق الرقبة في هذه الكفارة فوجب أن يجزئ ما يتناوله الإطلاق.

ووجه الرواية الأولى ما وري معاوية بن الحكم قال: «كانت لي جارية نأتيت النبي ﷺ فقلت: يا رسول الله إن علي رقبة مؤمنة فإن كنت ترى هذه

(١) سبق تخريجه ص: ٧٥.

مؤمنة أعتقتها فقال لها رسول الله ﷺ: أتشهدين أن لا إله إلا الله؟ قالت: نعم قال: أتشهدين أني رسول الله؟ قالت: نعم قال: فأعتقها »[1].

وعن أبي هريرة « أن رجلاً أتى النبي ﷺ بجارية سوداء أعجمية فقال: يا رسول الله إن علي أن أعتق رقبة مؤمنة فقال لها رسول الله ﷺ: أين الله فأشارت إلى السماء بإصبعها السبابة فقال لها: من أنا فأشارت بإصبعها إلى رسول الله ﷺ وإلى السماء يعني أنت رسول الله فقال: أعتقها »[2] رواهما أحمد.

فعلل جواز إعتاقها عن الرقبة بأنها مؤمنة فدل على أنه لا يجزئ عن الرقبة التي عليه إلا مؤمنة.

ولأنه تكفير بعتق فلم يجز إلا مؤمنة ككفارة القتل والمطلق يحمل على المقيد من جهة القياس إذا وجد المعنى فيه ولا بد من تقييده فإنا أجمعنا على أنه لا يجزئ إلا رقبة سليمة من العيوب المضرة بالعمل ضرراً بيناً فالتقييد بالسلامة من الكفر أولى.

الحكم الثالث: أنه لا يجزئه إلا رقبة سالمة من العيوب المضرة بالعمل ضرراً بيناً؛ لأن المقصود تمليك العبد منافعه وتمكينه من التصرف لنفسه ولا يحصل هذا مع ما يضر بالعمل ضرراً بيناً فلا يجزئ الأعمى؛ لأنه لا يمكنه العمل في أكثر الصنائع ولا المقعد ولا المقطوع اليدين أو الرجلين؛ لأن اليدين آلة للبطش فلا يمكنه العمل مع فقدهما والرجلان آلة للمشي فلا يتهيأ له كثير من العمل مع تلفهما والشلل كالقطع في هذا ولا يجزئ المجنون جنوناً مطبقاً؛ لأنه وجد فيه المعنيان ذهاب منفعة الجسد وحصول الضرر بالعمل وبهذا كله قال أبو حنيفة وأصحابه ومالك والشافعي.

مسألة: **(فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين)**.

---

(١) أخرجه أحمد في مسنده (١٥٣١٦) طبعة إحياء التراث.

(٢) أخرجه أحمد في مسنده (٧٨٤٦) طبعة إحياء التراث.

أجمع أهل العلم على أن المظاهر إذا لم يجد رقبة أن فرضه صيام شهرين متتابعين [وذلك لقول الله تعالى : ﴿فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين][1] من قبل أن يتماسا﴾ [المجادلة :٤] وحديث أوس بن الصامت وسلمة بن صخر وأجمعوا على أن من وجد رقبة فاضلة عن حاجته فليس له الانتقال إلى الصيام وإن كانت له رقبة يحتاج إلى خدمتها لزمن أو كبر أو مرض أو عظم خلق ونحوه مما يعجزه عن خدمة نفسه أو يكون ممن لا يخدم نفسه في العادة ولا يجد رقبة فاضلة عن خدمته فليس عليه الإعتاق وبهذا قال الشافعي ؛ لأن ما استغرقته حاجة الإنسان فهو كالمعدوم في جواز الانتقال إلى البدل كمن وجد ماء يحتاج إليه للعطش يجوز له الانتقال إلى التيمم وإن كان له خادم وهو ممن يخدم نفسه عادة لزمه إعتاقه ؛ لأنه فاضل عن حاجته بخلاف من لم تجر عادته بخدمة نفسه فإن عليه مشقة في إعتاق خادمه وتضييعاً لكثير من حوائجه فإن كان له خادم يخدم امرأته وهي ممن عليه إخدامها أو كان له رقيق يتقوت بخراجهم أو دار يسكنها أو عقار يحتاج إلى غلته لمؤنته أو عرض للتجارة لا يستغني عن ربحه في مؤنته لم يلزمه العتق وإن استغنى عن شيء من ذلك مما يمكنه أن يشتري به رقبة لزمه ؛ لأنه واجد للرقبة وإن كانت له رقبة تخدمه يمكنه بيعها وشراء رقبتين بثمنها يستغني بخدمة إحداهما ويعتق الأخرى لزمه ؛ لأنه لا ضرر في ذلك وهكذا لو كانت له ثياب فاخرة تزيد على ملابس مثله يمكنه بيعها وشراء ما يكفيه في لباسه ورقبة لزمه ذلك وإن كانت له دار يمكنه بيعها وشراء ما يكفيه لسكنى مثله ورقبة أو ضيعة يفضل منها عن كفايته ما يمكنه به شراء رقبة لزمه ذلك وتراعى في ذلك الكفاية التي يحرم معها أخذ الزكاة فإذا فضل عن ذلك شيء وجبت فيه الكفارة ومذهب الشافعي في هذا على نحو ما ذكرنا وإن كانت له سرية لم يلزمه إعتاقها ؛ لأنه يحتاج إليها وإن أمكنه بيعها وشراء سرية أخرى ورقبة يعتقها لم يلزمه ذلك ؛ لأن الفرض قد يتعلق بعينها فلا يقوم غيرها مقامها سيما إذا كان بدون ثمنها .

---

(١) ساقط من الأصل واستدركت من المغني ٨: ٥٩٠.

مسألة : **(فإن أفطر فيهما من عذر بنى وإن أفطر من غير عذر ابتدأ)** .

أجمع أهل العلم على وجوب التتابع في الصيام في كفارة الظهار ، وأجمعوا على أن من صام بعض الشهر ثم قطعه لغير عذر وأفطر أن عليه استئناف الشهرين وإنما كان كذلك لورود لفظ الكتاب والسنة به ومعنى التتابع الموالاة بين صيام أيامهما فلا يفطر فيهما ولا يصوم عن غير الكفارة ، ولا يفتقر التتابع إلى نية ويكفي فعله ؛ لأنه شرط وشرائط العبادات لا تحتاج إلى نية وإنما تجب النية لأفعالها . وأجمع أهل العلم على أن الحيض لا يقطع حكم التتابع وتقضيه إذا طهرت وتبني ؛ لأن الحيض لا يمكن التحرز منه في الشهرين إلا بتأخيره إلى الأياس وفيه تغرير بالصوم ؛ لأنها ربما ماتت قبله والنفاس كالحيض في أنه لا يقطع التتابع في أحد الوجهين ؛ لأنه بمنزلته في أحكامه .

ولأن الفطر لا يحصل فيهما بفعلهما وإنما ذلك الزمان كزمان الليل في حقهما .

والوجه الثاني : أن النفاس يقطع التتابع ؛ لأنه فطر أمكن التحرز منه لا يتكرر كل عام فقطع التتابع كالفطر لغير عذر ولا يمكن قياسه على الحيض ؛ لأنه أندر منه ويمكن التحرز منه . وإن أفطر لمرض مخوف لم ينقطع التتابع أيضاً ، روي هذا عن ابن عباس وبه قال سعيد بن المسيب ومالك والشافعي في القديم ؛ لأنه أفطر بسبب لا صنع له فيه فلم يقطع التتابع كإفطار المرأة للحيض ، وإن كان المرض غير مخوف لكنه يبيح الفطر فقال أبو الخطاب : فيه وجهان :

أحدهما : لا يقطع التتابع ؛ لأنه مرض أباح الفطر أشبه المخوف .

والثاني : يقطع التتابع ؛ لأنه أفطر اختياراً فانقطع التتابع كما لو أفطر لغير عذر ، وأما الحامل والمرضع فإن أفطرتا خوفاً على أنفسهما فهما كالمريض ، وإن أفطرتا خوفاً على ولديهما ففيهما وجهان :

أحدهما : لا ينقطع التتابع اختاره أبو الخطاب ؛ لأنه فطر أبيح لهما بسبب لا يتعلق باختيارهما فلم ينقطع التتابع كما لو أفطرتا خوفاً على أنفسهما .

والثاني : ينقطع ؛ لأن الخوف على غيرهما ولذلك يلزمهما الفدية مع القضاء ، وإن أفطر لجنون أو إغماء لم ينقطع التتابع ؛ لأنه عذر لا صنع له فيه فهو كالحيض .

فصل

وإن أفطر في أثناء الشهرين لغير عذر أو قطع التتابع بصوم نذر أو قضاء أو تطوع أو كفارة أخرى لزمه استئناف الشهرين ؛ لأنه أخل بالتتابع المشترط ويقع صومه عما نواه ؛ لأن هذا الزمان ليس بمستحق ولا متعين للكفارة ولهذا يجوز صومها في غيره بخلاف شهر رمضان فإنه متعين لا يصلح لغيره ، وإن كان عليه نذر صوم غير معين أخره إلى فراغه من الكفارة وإن كان متعيناً في وقت بعينه أخر الكفارة عنه أو قدمها عليه إن أمكن ، وإن كان أياماً من كل شهر كيوم الخميس وأيام البيض قدم الكفارة عليه وقضاه بعدها ؛ لأنه لو وفى بنذره لانقطع التتابع ولزمه الاستئناف فيفضي إلى أن لا يتمكن من التكفير والنذر يمكن قضاؤه فيكون هذا عذراً في تأخيره كالمرض .

مسألة : (**وإن أصابها في ليالي الصوم أفسد ما مضى من صيامه وابتدأ الشهرين**) .

وبهذا قال أبو حنيفة وأصحابه ومالك ؛ لأن الله تعالى قال : ﴿فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا﴾ [المجادلة : ٤] فأمر بهما خاليين عن وطء ولم يأت بهما على ما أمر فلم يجزئه كما لو وطئ نهاراً .

ولأنه تحريم للوطء لا يختص النهار فاستوى فيه الليل والنهار كالاعتكاف ، وروى الأثرم عن أحمد أن التتابع لا ينقطع بوطئه ليلاً ويبني وهو مذهب الشافعي ؛ لأنه وطء لا يبطل الصوم فلا يوجب الاستئناف كوطء غيرها .

ولأن التتابع في الصيام عبارة عن اتباع صوم يوم الذي قبله من غير فارق وهذا متحقق وإن وطئ ليلاً ، وارتكاب النهي في الوطء قبل إتمامه إذا لم يخل بالتتابع المشترط لا يمنع صحته وإجزاءه كما لو وطئ قبل الشهرين أو لو وطئ ليلة

أول الشهرين وأصبح صائماً والإتيان بالصيام قبل التماس في حق هذه لا سبيل إليه سواء بنى أو استأنف .

وإن وطئها أو وطئ غيرها نهاراً عامداً أفطر وانقطع التتابع إجماعاً إذا كان غير معذور ، وإن وطئها أو وطئ غيرها ناسياً أفطر وانقطع التتابع في إحدى الروايتين ؛ لأن الوطء لا يعذر فيه بالنسيان ، والأخرى لا يفطر ولا ينقطع التتابع وهو قول الشافعي ؛ لأنه فعل المفطر ناسياً أشبه ما لو أكل ناسياً وإن أبيح له الفطر لعذر فوطئ غيرها نهاراً لم ينقطع التتابع ؛ لأن الوطء لا أثر له في قطع التتابع وإن وطئها كان كوطئها ليلاً هل ينقطع التتابع؟ على وجهين . وإن وطئ غيرها ليلاً لم ينقطع التتابع ؛ لأن ذلك ليس بمحرم عليه ولا هو مخل باتباع الصوم فلم ينقطع التتابع كالأكل ليلاً ، وليس في هذا خلاف ، وإن لمس المظاهر منها أو باشرها دون الفرج على وجه يفطر به قطع التتابع لإخلاله بموالاة الصيام وإلا فلا ينقطع .

مسألة : **(فإن لم يستطع فإطعام ستين مسكيناً)** .

أجمع أهل العلم على أن المظاهر إذا لم يجد الرقبة و لم يستطع الصيام أن فرضه إطعام ستين مسكيناً على ما أمر الله في كتابه وجاء في سنة نبيه ﷺ سواء عجز عن الصيام لكبر أو مرض يخاف بالصوم تباطؤه أو الزيادة فيه أو الشبق فلا يصبر فيه عن الجماع فإن أوس بن الصامت لما أمره النبي ﷺ بالصيام قالت امرأته : « يا رسول الله إنه شيخ كبير . ما به من صيام . قال : فليطعم ستين مسكينًا »[1] .

ولما « أمر سلمة بن صخر بالصيام . قال : وهل أصبت الذي أصبت إلا من الصيام؟ قال : فأطعم »[2] . فنقله إلى الإطعام لما أخبره أن به من الشبق والشهوة ما يمنعه من الصيام . وقسنا على هذين ما يشبههما في معناهما ، ويجوز أن ينتقل إلى الإطعام إذا عجز عن الصيام للمرض وإن كان مرجو الزوال لدخوله في قوله سبحانه وتعالى : ﴿فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكيناً﴾ [المجادلة : ٤] .

---

(١) سبق تخريجه ص: ٧٥.

(٢) سبق تخريجه ص: ٩٦.

ولأنه لا يعلم أن له نهاية فأشبه الشبق ولا يجوز أن ينتقل لأجل السفر ؛ لأن السفر لا يعجزه عن الصيام ، وله نهاية ينتهي إليها وهو من أفعاله الاختيارية ، والواجب في الإطعام إطعام ستين مسكناً لا يجزئه أقل من ذلك وبهذا قال الشافعي ، وحكاه القاضي أبو الحسين عن أحمد أنه لو أطعم مسكيناً واحداً في ستين يوماً أجزأه وهو مذهب أبي حنيفة ؛ لأن هذا المسكين لم يستوف قوت يومه من هذه الكفارة ، فجاز أن يعطى منها كاليوم الأول .

ووجه الرواية الأولى وهي أصح قول الله تعالى : ﴿فإطعام ستين مسكيناً﴾ [المجادلة :٤] وهذا لم يطعم إلا واحداً فلم يمتثل الأمر .

ولأنه لم يطعم ستين مسكيناً ، فلم يجزئه كما لو دفعها إليه في يوم واحد .

ولأنه لو جاز الدفع إليه في أيام لجاز في يوم واحد كالزكاة وصدقة الفطر يحقق هذا ، إن الله أمر بعدد المساكين لا بعدد الأيام ، وقائل هذا يعتبر عدد الأيام دون عدد المساكين والمعنى في اليوم الأول أنه لم يستوف حقه من هذه الكفارة وفي اليوم الثاني قد استوفى حقه منها وأخذ منها قوت يوم فلم يجز أن يدفع إليه في اليوم الثاني كما لو أوصى إنسان بشيء لستين مسكيناً .

مسألة : **(لكل مسكين مُدٌّ من بُرٍ أو نصفُ صاعٍ من تمرٍ أو شعير)** .

أما قدر الطعام في الكفارات كلها فمد من بر لكل مسكين أو نصف صاع من تمر أو شعير ، وممن قال يجزئ المد من البر ابن عباس وابن عمر وزيد بن ثابت ، حكاه عنهم الإمام أحمد . وقال سليمان بن يسار : أدركت الناس إذا أعطوا في كفارة اليمين أعطوا مداً من حنطة بالمد الأصغر مد النبي ﷺ ؛ لما روى الإمام أحمد بإسناده عن أبي يزيد المدني قال : « جاءت امرأة من بني بياضة بنصف وسق شعير ، فقال النبي ﷺ للمظاهر : أطعم هذا فإن مُدَّيْ شعير مكان مُدِّ بُر » . وهذا نص .

ويدل على أنه مد بر : أنه قول زيد وابن عباس وابن عمر و لم نعرف لهم في الصحابة مخالفاً فكان إجماعاً .

وعلى أنه نصف صاع من التمر أو الشعير ما روى عطاء بن يسار أن رسول الله ﷺ قال لخولة امرأة أوس بن الصامت : « اذهبي إلى فلان الأنصاري فإن عنده شَطْرَ وَسْقٍ من تمر ، أخبرني أنه يريد أن يتصدق به ، فلتأخُذيه ، فليَتصدَّقَ به على ستين مسكيناً »[1] . وفي حديث أوس بن الصامت أن النبي ﷺ قال : « إني سأعينه بعرق من تمر . قلت : يا رسول الله! فإني سأعينه بعرق آخر . قال : قد أحسنت . اذهبي فأطعمي بها عنه ستين مسكينًا وارجعي إلى ابن عمك »[2] .

وروى أبو داود بإسناده عن أبي سلمة بن عبد الرحمن أنه قال : العرق زنبيل يأخذ خمسة عشر صاعاً فعرقان يكونان ثلاثين صاعاً لكل مسكين نصف صاع .

ولأنها كفارة تشتمل على صيام وإطعام فكان لكل مسكين نصف صاع من التمر أو الشعير كفدية الأذى .

مسألة : **(ومن ابتدأ صوم الظهار من أول شعبان أفطر يوم الفطر وبنى وكذلك إن ابتدأ من أول ذي الحجة أفطر يوم النحر وأيام التشريق وبنى على ما مضى من صيامه)** .

أما إذا تخلل صوم الظهار زمان لا يصح صومه عن الكفارة مثل أن يبتدئ الصوم[3] من أول شعبان فيتخلله رمضان ويوم الفطر أو يبتدئ من ذي الحجة فيتخلله يوم النحر وأيام التشريق فإن التتابع لا ينقطع بهذا ويبني على ما مضى من صيامه . وقال الشافعي : ينقطع التتابع ويلزمه الاستئناف ؛ لأنه أفطر في أثناء الشهرين بما كان يمكنه التحرز منه فأشبه إذا أفطر بغير ذلك أو صام عن نذر أو كفارة أخرى .

واحتج أصحابنا أنه زمن منعه الشرع من صومه في الكفارة فلم ينقطع التتابع كالحيض والنفاس .

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٧: ٣٨٩ كتاب الظهار ، باب من له الكفارة بالإطعام.
وأخرجه سعيد بن منصور في سننه (١٨٢٤) ٢: ١٥ كتاب الطلاق ، باب ما جاء في الظهار.
(٢) سبق تخريجه ص: ٧٥.
(٣) في الأصل: من الصوم. وما أثبتناه من المغني ٨: ٦١٢.

فإن قيل: الحيض والنفاس غير ممكن التحرز منه قلنا: قد يمكن التحرز من النفاس بأن لا تبتدئ الصوم في حال الحمل ومن الحيض إذا كان طهرها يزيد على الشهرين بأن تبتدئ الصوم عقيب طهرها من الحيضة ومع هذا فإنه لا ينقطع التتابع به ولا يجوز للمأموم مفارقة إمامه لغير عذر ويجوز أن يدخل معه المسبوق في أثناء الصلاة مع علمه بلزوم مفارقته قبل إتمامها.

إذا ثبت هذا فإنه إذا ابتدأ الصوم في أول شعبان أجزأه صوم شعبان عن شهر ناقصاً كان أو تاماً. وأما شوال فلا يجوز أن يبتدأ به من أوله؛ لأن أوله يوم الفطر وصومه حرام فيشرع في صومه من اليوم الثاني ويتمم شهراً بالعدد ثلاثين يوماً، وإن بدأ من أول ذي الحجة إلى آخر المحرم قضى أربعة أيام وأجزأه؛ لأنه بدأ بالشهرين من أولهما، ولو ابتدأ صوم الشهرين من يوم الفطر لم يصح صوم يوم الفطر وصح صوم بقية الشهر وصوم ذي القعدة ويحتسب له بذي القعدة ناقصاً كان أو تاماً؛ لأنه بدأه من أوله. وأما شوال فإن كان تاماً صام يوماً من ذي الحجة مكان يوم الفطر، وإن كان ناقصاً صام يومين من ذي الحجة؛ لأنه لم يبدأه من أوله.

مسألة: **(وإذا كان المظاهر عبداً لم يكفر إلا بالصيام وإذا صام فلا يجزئه إلا شهران متتابعان).**

أما العبد فظهاره صحيح ولا نعلم فيه خلافاً؛ لأنه زوج فيدخل في عموم الآية وكفارته بالصيام؛ لأن الله قال: ﴿فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين﴾ [المجادلة:٤] والعبد لا يستطيع العتق فهو كالحر المعسر وأسوأ منه حالاً وظاهر كلام الخرقي أنه لا يجزئه غير الصيام سواء أذن له سيده في التكفير بالعتق أو لم يأذن وحكي هذا عن الحسن وأبي حنيفة والشافعي، وعن أحمد إن أذن له سيده في التكفير بالمال جاز؛ لأنه بإذن سيده يصير قادراً على التكفير بالحال فجاز له ذلك كالحر وعلى هذه الرواية يجوز له التكفير بالإطعام عند العجز عن الصيام وهل له العتق؟ على روايتين:

إحداهما : لا يجوز وحكي هذا عن مالك وقال : أرجو أن يجزئه الإطعام وأنكر ذلك ابن القاسم صاحبه وقال : لا يجزئه إلا الصيام وذلك لأن العتق يقتضي الولاء والولاية والإرث وليس ذلك للعبد .

والرواية الثانية : له العتق اختارها أبو بكر ؛ لأن من صح تكفيره بالإطعام صح بالعتق ولا يمتنع صحة العتق مع انتفاء الإرث كما لو أعتق من يخالفه في دينه .

ولأن المقصود بالعتق إسقاط الملكية[1] عن العبد وتمليكه نفع نفسه وخلوصه من ضرر الرق وما يحصل من توابع ذلك ليس بمقصود فلا يمنع من صحة ما يحصل منه المقصود لامتناع بعض توابعه .

ووجه الأولى: أن العبد مال لا يملك المال فيقع تكفيره بالمال بمال غيره فلم يجزئه كما لو أعتق عبد غيره عن كفارته ، وعلى كلتا الروايتين لا يلزمه التكفير بالمال وإن أذن له سيده فيه ؛ لأن فرضه الصيام فلم يلزمه غيره ؛ كما لو أذن موسر لحر معسر في التكفير من ماله . ولو كان عاجزاً عن الصيام فأذن له سيده في التكفير بما شاء من العتق والإطعام كان له التكفير بالإطعام ؛ لأن من لا يلزمه الإعتاق مع قدرته على الصيام لا يلزمه مع عجزه عنه كالحر المعسر .

ولأن عليه ضرراً في التزام المنة الكثيرة في قبول الرقبة ولا يلزم مثل ذلك في الطعام لقلة المنة فيه ، وهذا فيما إذا أذن له سيده في التكفير قبل العود فإن عاد وجبت الكفارة في ذمته ثم أذن له سيده في التكفير انبنى مع ذلك على أصل آخر وهو أن التكفير هل هو معتبر بحالة الوجوب أو بأغلظ الأحوال؟ وسنذكر ذلك إن شاء الله تعالى ، وعلى كل حال فإذا صام لا يجزئه إلا شهران متتابعان ؛ لدخوله في عموم قوله تعالى : ﴿فصيام شهرين متتابعين﴾ [المجادلة :٤] .

ولأنه صوم في كفارة فاستوى فيه الحر والعبد ككفارة اليمين وبهذا قال الحسن والشافعي ولا أعلم فيه خلافاً بين الأئمة الأربعة .

---

(١) في الأصل: الملكة وما أثبتناه من المغني ٨: ٦١٦.

فصل

والاعتبار في الكفارات بحالة الوجوب في أظهر الروايتين وهو ظاهر كلام الخرقي ؛ لأنه قال إذا حنث وهو عبد فلم يكفر حتى عتق فعليه الصوم لا يجزئه غيره وكذلك قال الأثرم : سمعت أبا عبدالله يسأل عن عبد حلف على يمين فحنث فيها وهو عبد فلم يكفر حتى عتق أيكفر كفارة حر أو كفارة عبد؟ قال : يكفر كفارة عبد ؛ لأنه إنما يكفر ما وجب عليه يوم حنث لا يوم حلف ، قلت له : حلف وهو عبد وحنث وهو حر قال : يوم حنث واحتج فقال : افترى وهو عبد ثم أعتق فإنما يجلد جلد العبد وهذا أحد أقوال الشافعي .

فعلى هذه الرواية يعتبر يساره وإعساره حال وجوبها عليه فإن كان موسراً حال الوجوب استقر وجوب الرقبة عليه فلم يسقط بإعساره بعد ذلك ، وإن كان معسراً ففرضه الصوم فإذا أيسر بعد ذلك لم يلزمه الانتقال إلى الرقبة .

والرواية الأخرى الاعتبار بأغلظ الأحوال من حين الوجوب إلى حين التكفير فمتى وجد رقبة فيما بين الوجوب إلى حين التكفير لم يجزئه إلا الإعتاق وهو قول ثان للشافعي ؛ لأنه حق يجب في الذمة بوجود مال فاعتبر فيه أغلظ الحالين كالحج .

ووجه الرواية الأولى: أن الكفارة تجب على وجه الطهرة فكان الاعتبار فيها بحالة الوجوب كالحد أو نقول من وجب عليه الصيام في الكفارة لم يلزمه غيره كالعبد إذا عتق ويفارق الحج فإنه عبادة عُمْر وجميعه وقت لها فمتى قدر عليه في جزء من وقته وجب بخلاف مسألتنا ثم يبطل ما ذكروه بالعبد إذا عتق فإنه لا يلزمه الانتقال إلى العتق مع ما ذكروه ، فإن قيل : العبد لم يكن ممن تجب عليه الرقبة ولا تجزئه فلما لم تجزئه الزيادة لم يلزمه تغير الحال بخلاف مسألتنا ؟

قلنا : هذا لا أثر له .

إذا ثبت هذا فإنه إذا أيسر فأحب أن ينتقل إلى الإعتاق جاز له في ظاهر كلام الخرقي فإنه قال : ومن دخل في الصوم ثم قدر على الهدي لم يكن له أن يستقبل إلا أن يشاء . وهذا يدل على أنه إذا شاء فله الانتقال إليه ويجزئه إلا أن يكون

الحانث عبداً فليس له إلا الصوم وإن عتق ؛ لأن العتق هو الأصل فوجب أن يجزئه كسائر الأصول ، وأما إن استمر به العجز حتى شرع في الصيام لم يلزمه الانتقال إلى العتق بغير خلاف في المذهب وبه قال مالك والشافعي . قال صاحب المقنع : ويحتمل أن يلزمه العتق وهو مذهب أبي حنيفة ؛ لأنه قدر على الأصل قبل أداء فرضه بالبدل فلزمه العود إليه كالمتيمم يجد الماء قبل الصلاة أو في أثنائها .

ولنا أنه لم يقدر على العتق قبل تلبسه بالصيام فلم يسقط عنه كما لو استمر العجز إلى بعد الفراغ ولا يشبه الوضوء فإنه لو وجد الماء بعد التيمم بطل وهاهنا بخلافه .

ولأنه وجد المبدل بعد الشروع في صوم البدل فلم يلزمه الانتقال إليه كالمتمتع يجد الهدي بعد الشروع في صيام[1] السبعة .

وأما إذا قلنا الاعتبار بحالة الوجوب فوقته في الظهار من العود لأوقت المظاهرة ؛ لأن الكفارة لا تجب حتى يعود وقته في اليمين زمن الحنث لا وقت اليمين وفي القتل زمن الزهوق لا زمن الحرج وتقديم الكفارة قبل الوجوب تعجيل لها قبل وجوبها لوجود سببها كتعجيل الزكاة قبل الحول بعد وجود[2] النصاب .

مسألة : (**ومن وطئ قبل أن يأتي بالكفارة كان عاصياً وعليه الكفارة المذكورة**) .

قد ذكرنا أن المظاهر يحرم عليه وطء من ظاهر منها قبل التكفير ؛ لقول الله تعالى في العتق والصيام : ﴿من قبل أن يتماسا﴾ [المجادلة :٣] ، فإن وطئ عصى ربه لمخالفة أمره واستقرت الكفارة في ذمته فلا تسقط بعد ذلك بموت ولا طلاق ولا غيره وتحريم زوجته عليه باق بحاله حتى يكفر ، هذا قول أكثر أهل العلم منهم مالك والشافعي لحديث سلمة بن صخر حين ظاهر ثم وطئ قبل التكفير ، فأمره النبي ﷺ بكفارة واحدة .

---

(١) في الأصل: الصوم. وما أثبتناه من المغني ٨: ٦١٩.

(٢) في الأصل: وجوب. وما أثبتناه من المغني ٨: ٦١٩.

ولأنه وجد الظهار والعود فيدخل في عموم قوله: ﴿ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة﴾ [المجادلة :٣] .

مسألة : (**وإذا قالت المرأة لزوجها : أنتَ علي كظهر أبي لم تكن مُظاهرة ، ولزمتها كفارة الظهار ؛ لأنها قد أتت بالمنكر من القول والزور**) .

أما إذا قالت المرأة لزوجها : أنتَ علي كظهر أبي أو قالت : إن تزوجت فلاناً فهو علي كظهر أبي فليس ذلك بظهار . قال القاضي : لا تكون مظاهرة رواية واحدة ، وهذا قول أكثر أهل العلم منهم أبو حنيفة وأصحابه ومالك والشافعي ؛ لقول الله تعالى : ﴿والذين يظاهرون من نسائهم﴾ [المجادلة :٣] فخصهم بذلك .

ولأنه قول يوجب تحريماً في الزوجة يملك الزوج رفعه فاختص به الرجل كالطلاق .

ولأن الحل في المرأة حق للرجل فلم تملك المرأة إزالته كسائر حقوقه .

إذا ثبت هذا فاختلف عن أحمد في الكفارة فعنه عليها كفارة الظهار نص عليه ونقلها عنه جماعة ؛ لما روى الأثرم بإسناده عن إبراهيم النخعي أن عائشة بنت طلحة قالت : «إن تزوجت مصعب بن الزبير فهو عليَّ كظهر أبي . فسألت أهل المدينة فرأوا أن عليها الكفارة»[1] .

ولأنها زوج أتى بالمنكر من القول والزور فلزمه كفارة الظهار كالآخر .

ولأن الواجب كفارة يمين فاستوى فيها الزوجان كاليمين با لله تعالى .

والرواية الثانية : لا شيء عليها وهو قول [مالك والشافعي وإسحاق وأبي ثور][2] ؛ لأنه قول منكر وزور ليس بظهار فلم يوجب كفارة كالسب والقذف .

ولأنه قول ليس بظهار فلم يوجب كفارة الظهار كسائر الأقوال أو تحريم ممن لا يصح منه الظهار فأشبه الظهار من أمته .

---

(١) أخرجه سعيد بن منصور في سننه (١٨٤٨) ٢: ١٩ كتاب الطلاق ، باب ما جاء في ظهار النساء.
وأخرجه عبد الرزاق في مصنفه (١١٥٩٦) ٦: ٤٤٤ كتاب الطلاق ، باب ظهارها قبل نكاحها.
(٢) ما بين المعكوفين غير ظاهر في الأصل وقد أثبتناه من المغني ٨: ٦٢٢.

والرواية الثالثة : عليها كفارة اليمين ، وهذا أقيس على مذهب أحمد وأشبه بأصوله ؛ لأنه ليس بظهار وبمجرد القول من المنكر والزور لا يوجب كفارة الظهار بدليل سائر الكذب والظهار قبل العود والظهار من أمته وأم ولده .

ولأنه تحريم لا يثبت التحريم في المحل فلم يوجب كفارة الظهار كتحريم سائر الحلال .

ولأنه ظهار من غير امرأته فأشبه الظهار من أمته وما روي عن عائشة بنت طلحة أنها أعتقت عن ظهارها ويجوز أن يكون إعتاقها تكفيراً ليمينها فإن عتق الرقبة أحد خصال كفارة اليمين ويتعين حمله على هذا لكون الموجود منها ليس بظهار .

فصل

وإذا قلنا بوجوب الكفارة عليها فلا تجب عليها حتى يطأها وهي مطاوعة فإن طلقها أو مات أحدهما قبل وطئها أو أكرهها على الوطء فلا كفارة عليها ؛ لأنها يمين فلا تجب كفارتها قبل الحنث فيها كسائر الأيمان ولا يجب تقديمها قبل المسيس ككفارات سائر الأيمان ويجوز تقديمها لذلك وعليها تمكين زوجها من وطئها قبل التكفير ؛ لأنه حق له عليها فلا يسقط بيمينها .

ولأنه ليس بظهار وإنما هو تحريم للحلال فلا يثبت تحريماً كما لو حرم طعامه ، وحكي أن ظاهر كلام أبي بكر أنها لا تمكنه قبل التكفير إلحاقاً بالرجل وليس ذلك بجيد ؛ لأن الرجل الظهار منه صحيح ولا يصح ظهار المرأة .

ولأن الحل حق الرجل فملك رفعه والحل حق عليها فلا تملك إزالته .

مسألة : **(وإذا ظاهر من زوجته مراراً ولم يكفر فكفارة واحدة)** .

هذا ظاهر مذهب أحمد سواء كان في مجلس أو مجالس ينوي بذلك التأكيد أو الاستئناف أو أطلق نقله عن أحمد جماعة واختاره أبو بكر وابن حامد والقاضي وروي ذلك عن علي وبه قال مالك والشافعي في القديم ، وعن أحمد إن أراد بتكرار الظهار التأكيد فكفارة واحدة فمفهوم كلامه أنه إن نوى الاستئناف

فكفارتان وبه قال الشافعي في الجديد، وعن أحمد إن اتحد المجلس فكفارة وإن تعدد فكفارات وهو مذهب أبي حنيفة وأصحابه وروي ذلك عن علي؛ لأنه قول يوجب تحريم الزوجة فإذا نوى الاستئناف تعلق بكل مرة حكم كالطلاق.

ووجه الرواية الأولى أنه قول لم يؤثر تحريماً في الزوجة فلم تجب به كفارة الظهار كاليمين با لله تعالى ولا يخفى أنه لم يؤثر تحريماً فإنها قد حرمت بالقول الأول فلم يزد تحريمها.

ولأنه لفظ يتعلق به كفارة فإذا كرره كفاه واحدة كاليمين با لله. وأما الطلاق فما زاد على الثلاث لا يثبت له حكم بالإجماع وبهذا ينتقض ما ذكروه وأما الثالثة فإنها تثبت تحريماً زائداً وهو التحريم قبل زوج وإصابة بخلاف الظهار الثاني فإنه لا يثبت به تحريم فنظيره ما زاد على الطلقة الثالثة لا يثبت له حكم فكذلك الظهار الثاني، وأما إن كفر عن الأول ثم ظاهر لزمته للثاني كفارة بلا خلاف؛ لأن الظهار الثاني مثل الأول فإنه حرم الزوجة المحللة فأوجب الكفارة كالأول بخلاف ما قبل التكفير. وا لله أعلم.

كتاب اللعان

وهو مشتق من اللعن ؛ لأن كل واحد من الزوجين يلعن نفسه في الخامسة إن كان كاذباً .

وقال القاضي : سمي بذلك ؛ لأن الزوجين لا ينفكان من أن يكون أحدهما كاذبًا فتحصل اللعنة عليه ، وهي : الطرد والإبعاد .

والأصل فيه : قول الله تعالى : ﴿والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم . . . الآيات﴾ [النور :٦-٩] .

وروى سهل بن سعد الساعدي «أن عويمر العجلاني أتى رسول الله ﷺ . فقال : يا رسول الله! أرأيت رجلاً وجد مع امرأته رجلاً فيقتله فتقتلونه أم كيف يفعل؟ فقال رسول الله ﷺ : قد أنزل الله فيك وفي صاحبتك اذهب فأت بها . قال سهل : فتلاعنا وأنا مع الناس عند رسول الله ﷺ . فلما فرغا قال عويمر : كذبت عليها يا رسول الله! إن أمسكتها . فطلقها ثلاثًا قبل أن يأمره رسول الله ﷺ .

قال ابن شهاب : فكانت سنة المتلاعنين »[1] . رواه الجماعة إلا الترمذي .

وفي رواية متفق عليها فقال النبي ﷺ : « ذاكم التفريق بين كل متلاعنين »[2] .

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٦٨٧٤) ٦: ٢٦٦٣ كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة، باب ما يكره من التعمق والتنازع في العلم والغلو في الدين والبدع.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٤٩٢) ٢: ١١٢٩ كتاب اللعان.
وأخرجه أبو داود في سننه (٢٢٤٥) ٢: ٢٧٣ كتاب الطلاق، باب في اللعان.
وأخرجه النسائي في سننه (٣٤٠٢) ٦: ١٤٣ كتاب الطلاق، باب الرخصة في ذلك.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٠٦٦) ١: ٦٦٧ كتاب الطلاق، باب اللعان.
وأخرجه أحمد في مسنده (٢٢٩٠٢) ٥: ٣٣٦.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٥٠٠٣) ٥: ٢٠٣٣ كتاب الطلاق ، باب التلاعن في المسجد.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٤٩٢) ٢: ١١٣٠ كتاب اللعان.

وفي لفظ لأحمد ومسلم : « فكان فراقه إياها سنّة في المتلاعنين »[1] .

ولأن الزوج يبتلى بقذف امرأته لينفي العار والنسب الفاسد وتتعذر عليه البينة فجعل اللعان بينة له . ولهذا لما نزلت آية اللعان قال النبي ﷺ : « أبشر يا هلال فقد جعل الله لك فرجاً ومخرجاً »[2] .

مسألة : قال أبو القاسم رحمه الله : (**وإذا قذف الرجل زوجته البالغة الحرة المسلمة فقال لها : زنيت أو يا زانية أو رأيتك تزنين ولم يأت بالبينة لزمه الحد إن لم يلتعن ، مسلماً كان أو كافراً ، حراً كان أو عبداً**) .

النظر في هذه المسألة في أحكام :

الأول : في صفة الزوجين اللذين يصح اللعان منهما وقد اختلفت الرواية فيهما فروي أنه يصح من كل زوجين مكلفين سواء كانا مسلمين أو كافرين أو عدلين أو فاسقين أو محدودين في قذف أو كان أحدهما كذلك ، وبه قال سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار والحسن وربيعة ومالك وإسحاق .

وعن أحمد لا يصح اللعان إلا من زوجين مسلمين عدلين حرين غير محدودين في قذف وبه قال أبو حنيفة وأصحابه ؛ لأن اللعان شهادة بدليل قوله تعالى : ﴿ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم﴾ [النور :٦] فاستثنى أنفسهم من الشهداء ، وقال : ﴿فشهادة أحدهم أربع شهادات﴾ [النور :٦] فلا تقبل ممن ليس من أهل الشهادة . وإن كانت المرأة ممن لا يحد بقذفها لم يجب اللعان ؛ لأنه يراد لإسقاط الحد بدليل قوله تعالى : ﴿ويدرؤ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله﴾ [النور :٨] ولا حد هاهنا فينتفي اللعان لانتفائه وذكر القاضي في المجرد أن من لا يجب الحد بقذفها وهي الأمة والذمية والمحدودة في الزنا لزوجها لعانها لنفي الولد وليس له لعانها لإسقاط القذف والتعزير ؛ لأن الحد لا يجب واللعان إنما يشرع لإسقاط حد أو نفي ولد فإذا لم يكن واحد منهما لم يشرع اللعان .

---

(١) أخرجه مسلم في الموضع السابق.
وأخرجه أحمد في مسنده (٢٢٣٤٨) طبعة إحياء التراث.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٢٢٥٦) ٢: ٢٧٦ كتاب الطلاق، باب في اللعان.
وأخرجه أحمد في مسنده (٢١٣٢) طبعة إحياء التراث.

ووجه الرواية الأولى وهي أصح عموم قوله تعالى : ﴿والذين يرمون أزواجهم . . . الآية﴾ [النور :٦] .

ولأن اللعان يمين فلا يفتقر إلى ما شرطوه كسائر الأيمان . ودليل أنه يمين قول النبي ﷺ : «لولا الأيمان لكان لي ولها شأن»[1] ، وأنه يفتقر إلى اسم الله ويستوي فيه الذكر والأنثى .

وأما تسميته شهادة ؛ فلقوله في يمينه : أشهد بالله فسمى ذلك شهادة وإن كان يميناً كما قال الله : ﴿إذا جاءك المنافقون قالوا نشهد إنك لرسول الله﴾ [المنافقون :١] .

ولأن الزوج يحتاج إلى نفي الولد فيشرع له طريقاً إلى نفيه كما لو كانت امرأته ممن يحد بقذفها . وهذه الرواية هي المنصوصة عن أحمد في رواية الجماعة ، وما يخالفها شاذ في النقل .

وأما قول الخرقي : وإذا قذف زوجته البالغة الحرة المسلمة فيحتمل أنه شرط هذا لوجوب الحد عليه لا لنفي اللعان . ويحتمل أن يكون هذا شرطاً عنده في المرأة ليكون ممن يجب عليه الحد بقذفها فينفيه باللعان . ولا يشترط في الزوج شيء من ذلك ؛ لأن الحد يجب عليه بقذف المحصنة وإن كان ذمياً أو فاسقاً .

وأما قوله : مسلماً كان أو كافراً ففيه نظر ؛ لأنه أوجب عليه بقذف زوجته المسلمة والكافر لا يكون زوجاً لمسلمة فيحتاج إلى تأويل لفظه بحمله على أحد شيئين :

أحدهما : أنه أراد أن الزوج يلاعن زوجته وإن كان كافراً فرد ذلك إلى اللعان لا إلى الحد .

الثاني : أنه أراد ما إذا أسلمت زوجته فقذفها في عدتها ثم أسلم الزوج فإنه يلاعن .

(١) أخرجه أبو داود في الموضع السابق.
وأخرجه أحمد في الموضع السابق.

الحكم الثاني : أنه لا لعان بين غير الزوجين فإذا قذف أجنبية محصنة حد و لم يلاعن ، وإن لم تكن محصنة عزر ولا لعان عليه أيضاً ولا خلاف في هذا ، وذلك لأن الله قال : ﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة﴾ [النور :٤] ثم خص الزوجات من عموم هذه الآية بقوله : ﴿والذين يرمون أزواجهم و لم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم﴾ [النور :٦] ففيما عداهن يبقى[1] على قضية العموم .

الحكم الثالث : أن كل قذف للزوجة يجب به اللعان سواء قال لها : زنيت أو رأيتك تزنين سواء كان القاذف أعمى أو بصيراً نص عليه أحمد وبهذا قال الشافعي ؛ لقول الله تعالى : ﴿والذين يرمون أزواجهم . . . الآية﴾ [النور :٦] وهذا رام لزوجته فيدخل في عموم الآية .

ولأن اللعان معنى يتخلص به من موجب القذف فيشرع في حق كل رام لزوجته كالبينة وسواء قذفها بزنا في القبل أو في الدبر وبهذا قال الشافعي ؛ لأنه رام لزوجته بوطء في فرجها فأشبه ما لو قذفها بالوطء في قبلها .

الحكم الرابع : أنه إذا قذف زوجته المحصنة وجب عليه الحد وحكم بفسقه ورد شهادته إلا أن يأتي ببينة أو يلاعن فإن لم يأت بأربعة شهداء و لم يلاعن لزمه ذلك كله وبهذا قال مالك والشافعي ؛ لقول الله : ﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً وأولئك هم الفاسقون﴾ [النور :٤] وهذا عام في الزوج وغيره وإنما خص الزوج بأن أقام لعانه مقام الشهادة في نفي الحد والفسق ورد الشهادة عنه .

وأيضاً قول النبي ﷺ : « البينة وإلا حد في ظهرك »[2] .

---

(١) زيادة من المغني ٩: ١٢.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٤٤٧٠) ٤: ١٧٧٢ كتاب التفسير، باب ﴿ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين﴾.
وأخرجه أبو داود في سننه (٢٢٥٤) ٢: ٢٧٦ أبواب الطلاق، باب في اللعان.
وأخرجه الترمذي في جامعه (٣١٧٩) ٥: ٣٣١ كتاب تفسير القرآن، باب ومن سورة النور.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٠٦٧) ١: ٦٦٨ كتاب الطلاق، باب اللعان.
وأخرجه أحمد في مسنده (٢١٣٢) طبعة إحياء التراث.

وقوله لما لاعن: «عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة»[1].

ولأنه قاذف فلزمه الحد لو أكذب نفسه فلزمه الحد إذا لم يأت بالبينة المشروعة كالأجنبي.

مسألة: (**ولا يتعرض له حتى تطالبه زوجته**).

يعني: لا يتعرض له بإقامة الحد عليه ولا طلب اللعان منه حتى تطالبه زوجته بذلك فإن ذلك حق لها فلا يقام من غير طلبها كسائر الحقوق التي لها. وليس لوليها المطالبة عنها إن كانت مجنونة أو محجوراً عليها ولا لولي الصغيرة وسيد الأمة المطالبة بالتعزير من أجلها؛ لأن هذا حق ثبت للتشفي فلا يقوم الغير فيه مقام المستحق كالقصاص فإن أراد الزوج اللعان من غير مطالبة نظرنا فإن لم يكن هناك نسب يريد نفيه لم يكن له أن يلاعن وكذلك كل موضع سقط فيه الحد مثل إن أقام البينة بزناها أو أبرأته من قذفها أو حد لها ثم أراد لعانها ولا نسب هناك يريد نفيه فإنه لا يشرع اللعان وهذا قول أكثر أهل العلم.

وأما إن كان هناك ولد يريد نفيه فقال القاضي: له أن يلاعن لنفيه وهذا مذهب الشافعي؛ لأن هلال بن أمية لما قذف امرأته وأتى النبي ﷺ فأخبره أرسل النبي ﷺ إليها فلاعن بينهما و لم يكن طالبته.

ولأنه محتاج إلى نفيه فيشرع له طريق كما لو طالبته.

ولأن نفي النسب الباطل حق له فلا يسقط برضاها به كما لو طالبت باللعان ورضيت بالولد.

قال صاحب المغني: ويحتمل أن لا يشرع اللعان هاهنا كما لو قذفها فصدقته وهو قول أبي حنيفة وأصحابه؛ لأنه أحد موجبي القذف فلا يشرع مع عدم المطالبة كالحد.

مسألة: (**فمتى تلاعَنَا وفرَّق الحاكم بينهما لم يجتمعا أبداً**).

النظر في هذه المسألة في حكمين:

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (١٤٩٣) ٢: ١١٣٠ كتاب اللعان.

أحدهما : أن الفرقة بين المتلاعنين لا تحصل إلا بتلاعنهما جميعاً وهل يعتبر تفريق الحاكم بينهما فيه روايتان :

إحداهما : أنه معتبر فلا تحصل الفرقة حتى يفرق الحاكم بينهما وهو ظاهر كلام الخرقي ومذهب أبي حنيفة ؛ لقول ابن عباس في حديثه : « ففرق رسول الله ﷺ بينهما »[1] وهذا يقتضي أن الفرقة لم تحصل قبله .

وفي حديث عويمر قال : « كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها . فطلقها ثلاثاً قبل أن يأمره رسول الله ﷺ »[2] وهذا يقتضي إمكان إمساكها وأنه وقع طلاقه ، ولو كانت الفرقة وقعت قبل ذلك لما وقع طلاقه ولا أمكنه إمساكها .

ولأن سبب هذه الفرقة يقف على الحاكم فالفرقة المتعلقة به لا تقع إلا بحكم الحاكم كفرقة العنة .

والرواية الثانية : تحصل الفرقة بمجرد لعانهما وهي اختيار أبي بكر وقول مالك ، وروي ذلك عن ابن عباس ؛ لما روي عن عمر أنه قال : « المتلاعنان يفرق بينهما ولا يجتمعان أبدًا »[3] رواه سعيد .

ولأنه معنى يقتضي التحريم المؤبد . فلم يقف على حكم الحاكم ؛ كالرضاع .

ولأن الفرقة لو لم تحصل إلا بتفريق الحاكم لساغ ترك التفريق إذا كرهاه ؛ كالتفريق للعيب والإعسار . ولوجب أن الحاكم إذا لم يفرق بينهما : أن يبقى النكاح مستمرًا .

وقول النبي ﷺ : « لا سبيل لك عليها »[4] يدل على هذا وتفريقه بينهما بمعنى إعلامه لهما بحصول[5] الفرقة . وعلى الروايتين جميعاً لا تحصل الفرقة قبل تمام

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (١٤٩٤) ٢: ١١٣٢ كتاب اللعان.

(٢) سبق تخريجه ص: ٧.

(٣) أخرجه سعيد بن منصور في سننه (١٥٦١) ١: ٣٦٠ كتاب الطلاق، باب الرجل ما جاء في اللعان.

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه (٥٠٠٦) ٥: ٢٠٣٥ كتاب الطلاق ، باب قول الإمام للمتلاعنين: إن أحدكما كاذب...

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٤٩٣) ٢: ١١٣١ كتاب اللعان.

(٥) في الأصل: حصول. وما أثبتناه من المغني ٩: ٢٩.

اللعان منهما ؛ لأن الشرع إنما ورد بالتفريق بين المتلاعنين ولا يكونان متلاعنين بلعان أحدهما . وإنما فرق النبي ﷺ بينهما بعد تمام اللعان منهما .

إذا ثبت هذا فإن قلنا أن الفرقة تحصل بلعانهما فلا تحصل إلا بعد إكمال اللعان منهما ، وإن قلنا لا تحصل إلا بتفريق الحاكم لم يجز له أن يفرق بينهما إلا بعد كمال لعانهما فإن فرق قبل ذلك كان تفريقه باطلاً وجوده كعدمه وبهذا قال مالك ؛ لأنها أيمان مشروعة لا يجوز للحاكم الحكم قبلها بالإجماع فإذا حكم قبل إتمامها لم يصح حكمه كأيمان المختلفين في البيع وكما قبل الثلاث .

ولأن الشرع إنما ورد بالتفريق بعد كمال السبب فلم يجز قبله كسائر الأسباب فأما إذا تم اللعان فللحاكم أن يفرق بينهما من غير استئذانهما ؛ لأن النبي ﷺ فرق بين المتلاعنين ولم يستأذنهما .

وروى مالك عن نافع عن ابن عمر « أن رجلاً لاعن امرأته في زمن رسول الله ﷺ وانتفى من ولدها ، ففرَّق رسول الله ﷺ بينهما وألحق الولد بالمرأة »[1] .

وروى سفيان عن الزهري عن سهل بن سعد قال : « شهدتُ رسول الله ﷺ فرَّقَ بين المتلاعنين »[2] أخرجهما سعيد في سننه .

ومتى قلنا أن الفرقة لا تحصل إلا بتفريق الحاكم فلم يفرق بينهما فالنكاح باق بحاله ؛ لأن ما يبطل النكاح لم يوجد فأشبه ما لو لم يلاعن .

الحكم الثاني : أنها تحرم عليه باللعان تحريماً مؤبداً فلا تحل له وإن أكذب نفسه في ظاهر المذهب ولا خلاف بين أهل العلم في أنه إذا لم يكذب نفسه لا تحل له إلا أن يكون قولاً شاذاً ، وأما إذا أكذب نفسه فالذي رواه الجماعة عن أحمد أنها لا تحل له أيضاً وجاءت الأخبار عن عمر وعلي وابن مسعود أن المتلاعنين لا يجتمعان أبداً ، وبه قال مالك وأبو يوسف والشافعي ، وعن أحمد إن أكذب نفسه حلت له وعاد فراشه بحاله وهي رواية شاذة شذ بها حنبل عن أصحابه . قال أبو

---

(١) أخرجه سعيد بن منصور في سننه (١٥٥٤) ١: ٣٥٩ كتاب الطلاق ، باب ما جاء في اللعان.
وأخرجه مالك في موطئه (٣٥) ٢: ٤٤٥ كتاب الطلاق ، باب ما جاء في اللعان.

(٢) أخرجه سعيد بن منصور في سننه (١٥٥٥) ١: ٣٥٩ كتاب الطلاق ، باب ما جاء في اللعان.

بكر : لا نعلم أحداً رواها غيره ، وينبغي أن يحمل هذه الرواية على ما إذا لم يفرق بينهما الحاكم وأما مع تفريق الحاكم بينهما فلا وجه لبقاء النكاح بحال والمذهب تحريمها أبداً ؛ لما روى سهل بن سعد قال : « مضت السنة في المتلاعنين أن يفرق بينهما ثم لا يجتمعان »[1] رواه الجوزجاني بإسناده .

ولأنه تحريم لا يرتفع قبل الحد والتكذيب فلم يرتفع بهما كتحريم الرضاع .

مسألة : (**فإن أكذب نفسه فلها عليه الحد**) .

أما إذا قذف الرجل امرأته ثم أكذب نفسها فلها عليه الحد سواء أكذبها قبل لعانها أو بعده وهذا مذهب أبي حنيفة والشافعي ولا نعلم لهما مخالفاً وذلك لأن اللعان أقيم مقام البينة في حق الزوج فإن أكذب نفسه بان أن لعانه كذب وزيادة في هتكها وتكرار لقذفها فلا أقل من أن يجب الحد الذي كان واجباً بالقذف المجرد فإن عاد عن إكذاب نفسه وقال : لي بينة أقيمها بزناها أو أراد إسقاط الحد عنه باللعان لم يسمع منه ؛ لأن البينة واللعان لتحقيق ما قاله وقد أقر بكذب نفسه فلا يسمع منه خلافه وهذا فيما إذا كانت المقذوفة[2] محصنة فإن كانت غير محصنة فعليه التعزير .

مسألة : (**وإن قذفها وانتفى من ولدها وتم اللعان بينهما بتفريق الحاكم انتفى عنه إذا ذكره في اللعان**) .

أما الزوج إذا ولدت امرأته ولداً يمكن كونه منه فهو ولده في الحكم ؛ لقول النبي ﷺ : « الولد للفراش »[3] ولا ينتفي عنه إلا أن ينفيه باللعان التام الذي اجتمعت شروطه وهي أربعة :

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٢٢٥٠) ٢: ٢٧٤ كتاب الطلاق، باب في اللعان.

(٢) في الأصل: المقذوف . وما أثبتناه من المغني ٩: ٣٥.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه (١٩٤٨) ٢: ٧٢٤ كتاب البيوع، باب تفسير المشبهات .
وأخرجه أبو داود في سننه (٢٢٧٤) ٢: ٢٨٣ أبواب الطلاق، باب الولد للفراش .
وأخرجه الترمذي في جامعه (٢١٢٠) ٤: ٤٣٣ كتاب الوصايا، باب ما جاء لا وصية لوارث.
وأخرجه النسائي في سننه (٣٤٨٤) ٦: ١٨٠ كتاب الطلاق، باب إلحاق الولد بالفراش إذا لم ينفه صاحب الفراش.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٠٠٧) ١: ٦٤٧ كتاب النكاح، باب الولد للفراش وللعاهر الحجر .
وأخرجه أحمد في مسنده (٢٦٠٤٣) ٦: ٢٣٧.

أحدها : أن يوجد اللعان منهما جميعاً وهذا قول عامة أهـل العلـم ؛ لأن النبي ﷺ إنما نفى الولد عنه بعد تلاعنهما فلا يجوز النفي ببعضه كبعض لعان الزوج .

الثاني : أن تكمل ألفاظ اللعان منهما جميعاً .

الثالث : أن يبدأ بلعان الزوج قبل المرأة فإن بدأ بلعان المـرأة لم يعتـد بـه ؛ لأنـه أتى باللعان على غير ما ورد به القرآن والسنة فلم يصح كما لو اقتصـر علـى لفـظ واحدة .

ولأن لعان الرجل بينة لإثبات زناها ونفي ولدها ولعان المرأة للإنكار فقدمت بينة الإثبات كتقديم الشهود على الأيمان .

ولأن لعان المرأة لدرء العذاب عنها ولا يتوجه عليهـا ذلـك إلا بلعـان الرجـل فإذا قدم لعانها على لعانه فقد قدم على وقته فلم يصح كما لو قدم على القذف .

الرابع : أن يذكر نفي الولد في اللعان فإن لم يذكر لم ينتف إلا أن يعيد اللعـان ويذكر نفيه وهذا ظاهر كلام الخرقي واختيار القاضي ومذهب الشافعي . وقال أبو بكر : لا يحتاج إلى ذكر الولد ونفيه وينتفي بزوال الفراش ؛ لأن حديـث سـهل بـن سعد الذي وصف فيه اللعان لم يذكر فيه الولد وقال فيه : « ففرَّق رسول الله ﷺ بينهما وقضى أن لا يُدْعَى ولدُها لأبٍ ، ولا تُرْمَى ولا يُرْمَـى ولدهـا »[1] رواه أبـو داود .

وفي حديث رواه مسلم عن عبدالله « أن رجلاً لاعن امرأته على عهد رسول الله ﷺ ففرق النبي عليه السلام بينهما وألحق الولد بأمه »[2] .

والمذهب الأول ؛ لأن من سقط حقه باللعان كان ذكره شرطاً كالمرأة .

ولأن غاية ما في اللعان أن يثبت زناها ولا يوجب ذلك نفـي الولـد كمـا لـو أقرت به أو قامت به بينة .

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٢٢٥٦) ٢: ٢٧٦ كتاب الطلاق، باب في اللعان.

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه (١٤٩٤) ٢: ١١٣٢ كتاب اللعان.

وأما حديث سهل بن سعد فقد روي فيه وكانت حاملاً فأنكر حملها من رواية البخاري[1] .

وعن ابن عمر « أن رجلاً لاعن امرأته في زمن رسول الله ﷺ وانتفى من ولدها ففرق رسول الله ﷺ بينهما وألحق الولد بالمرأة »[2] . والزيادة من الثقة مقبولة .

فعلى هذا لا بد من ذكر الولد في كل لفظ ومع اللعن في الخامسة ؛ لأنها من لفظات اللعان .

وذكر الخرقي شرطاً خامساً وهو تفريق الحاكم بينهما وهذا على الرواية التي يشترط تفريق الحاكم لوقوع الفرقة . وأما على الرواية الأخرى فلا يشترط تفريق الحاكم لنفي الولد كما لا يشترط لدرء الحد عنه ولا لفسخ النكاح وشرط أيضاً شرطاً سادساً وهو أن يكون قد قذفها وهذا شرط اللعان فإنه لا يكون إلا بعد القذف وسنذكره إن شاء الله تعالى .

مسألة : (**وإن أكذب نفسه بعد ذلك لحقه الولد**) .

أما إذا لاعن امرأته ونفى ولدها ثم أكذب نفسه لحقه الولد إذا كان حياً بغير خلاف بين أهل العلم وإن كان الولد ميتاً لحقه نسبه أيضاً في قول أكثر أهل العلم سواء كان له ولد أو لم يكن وسواء خلّف مالاً أو لم يخلّف وذلك لأن النسب حق للولد فإذا أقر به لزمه وسواء تقدمَ إنكاره له أو لم يكن .

ولأن سبب نفيه عنه نفيه له فإذا أكذب نفسه فقد زال سبب النفي وبطل فوجب أن يلحقه نسبه بحكم النكاح الموجب للحوق نسبه به .

مسألة : (**وإن نفَى الحمل في التِعَانِه لم ينتف حتى ينفيه عند وضعها له ، ويلاعِن**) .

اختلف أصحابنا فيما إذا لاعن امرأته وهي حامل ونفى حملها في لعانه فقال الخرقي وجماعة : لا ينتفي الحمل بنفيه قبل الوضع ولا ينتفي حتى يلاعنها بعد

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٥٠٠٣) ٥: ٢٠٣٣ كتاب الطلاق، باب التلاعن في المسجد.

(٢) سبق تخريجه ص: ١٢٥.

الوضع وينفي الولد فيه . وهذا قول أبي حنيفة وجماعة من أهل الكوفة ؛ لأن الحمل غير متيقن يجوز أن يكون ريحاً وغيرها فيصير نفيه مشروطاً بوجوده ولا يجوز تعليق اللعان بشرط ، ويحتمل عندي صحة نفي الحمل وينتفي عنه وهو قول مالك والشافعي وكثير من أهل الحجاز احتجاجاً بحديث هلال وأنه نفى حملها فنفاه عنه النبي ﷺ وألحقه بالأم . ولا خفاء أنه كان حملاً . ولهذا قال النبي عليه السلام : «انظروها فإن جاءت به كذا وكذا»[1] .

قال ابن عبدالبر : الآثار الدالة على صحة هذا القول كثيرة وأوردها .

ولأن الحمل مظنون بأمارات تدل عليه ولهذا ثبتت للحامل أحكام تخالف بها الحائل من النفقة والفطر في الصيام وترك إقامة الحد عليها وتأخير القصاص عنها وغير ذلك مما يطول ذكره ويصح استلحاق الحمل فكان كالولد بعد وضعه وهذا القول هو الصحيح لموافقته ظواهر الأحاديث وما خالف الحديث لا يعبأ كائناً ما كان .

وقال أبو بكر : ينتفي الولد بزوال الفراش ولا يحتاج إلى ذكره في اللعان احتجاجاً بظاهر الأحاديث حيث لم ينقل فيها نفي الحمل ولا التعرض لنفيه ، فأما من قال : إن الولد لا ينتفي إلا بنفيه بعد الوضع فإنه يحتاج في نفيه إلى إعادة اللعان بعد الوضع .

مسألة : (**ولو جاءت امرأته بولد فقال : لم تزن ولكن ليس هذا الولد مني فهو ولده في الحكم ولا حد عليه لها**) .

أما المرأة إذا ولدت فقال زوجها : ليس هذا الولد مني أو قال : ليس هذا ولدي فلا حد عليه ؛ لأن هذا ليس بقذف بظاهره لاحتمال أنه يريد أنه من زوج آخر أو من وطء شبهة أو غير ذلك ولكنه يسأل فإن قال : زنت فولدت هذا من الزنا فهذا قذف يثبت به اللعان ، وإن قال : أردت أنه لا يشبهني خلقاً ولا خلقاً فقالت : بل أردت قذفي فالقول قوله ؛ لأنه أعلم بمراده لا سيما إذا صرح بقوله : لم

(١) أخرجه أحمد في مسنده (١٢٤٧٣) ٣: ١٤٢.

تزن . وإن قال : وطئت بشبهة والولد من الواطئ فلا حد عليه أيضاً ؛ لأنه لم يقذفها ولا قذف واطئها . وإن قال : أكرهت على الزنا فلا حد عليه أيضاً ؛ لأنه لم يقذفها ولا لعان في هذه المواضع ؛ لأنه لم يقذفها ومن شرط اللعان القذف ويلحقه نسب الولد وبهذا قال أبو حنيفة .

وذكر القاضي أن في هذه الصورة الأخيرة رواية أخرى أن له اللعان ؛ لأنه محتاج إلى نفي الولد بخلاف ما إذا قال : وطئت بشبهة فإنه يمكن نفي النسب بعرض الولد على القافة فيستغني بذلك عن اللعان فلا يشرع كما لا يشرع لعان أمته لما أمكن نفي نسب ولدها بدعوى الاستبراء وهذا مذهب الشافعي .

ووجه الأول أن اللعان إنما ورد به الشرع بعد القذف بقوله تعالى : ﴿والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم . . . الآية﴾ [النور: ٦] . ولما لاعن النبي عليه السلام بين هلال وامرأته كان بعد قذفه إياها وكذلك لما لاعن بين عويمر العجلاني وامرأته كان بعد قذفه إياها ولا يثبت الحكم إلا في مثله .

ولأن نفي اللعان إنما ينتفي به الولد بتمامه منها ولا يتحقق اللعان من المرأة هاهنا ، وأما إن قال : وطئك فلان بشبهة وأنت تعلمين الحال فقد قذفها وله لعانها ونفي نسب ولدها . وقال القاضي : ليس له نفيه باللعان وكذلك قال أصحاب الشافعي ؛ لأنه يمكنه نفي نسبه بعرضه على القافة فأشبه ما لو قال واشتبه عليك أيضاً .

والأول المذهب ؛ لأنه رام لزوجته فملك لعانها ونفى ولدها كما لو[1] قال : زنا بك فلان وما ذكروه لا يصح فإنه قد لا يوجد قافة وقد لا يعترف الرجل بما نسب إليه أو يغيب أو يموت فلا ينتفي الولد .

مسألة : (واللعان الذي يبرأ به من الحد أن يقول الزوج بمحضر من الحاكم : أشهد با لله لقد زنت ويشير إليها وإن لم تكن حاضرة أسماها ونسبها حتى يكمل ذلك أربع مرات ثم يوقف عند الخامسة ويقال له: اتق ا لله فإنها

---

(١) زيادة من المغني ٩: ٥٢.

الموجبة ، وعذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة ، فإن أبى إلا أن يتم فليقل : ولعنة الله عليه إن كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنا ، وتقول هي : أشهد بالله لقد كذب أربع مرات ثم توقف عند الخامسة وتخوف كما يخوف الرجل فإن أبت إلا أن تتم فلتقل : وغضب الله عليها إن كان من الصادقين فيما رماني به من الزنا) .

هذه المسألة تشتمل على حكمين :

الأول : أن اللعان لا يصح إلا بمحضر من الحاكم أو من يقوم مقامه وهذا مذهب الشافعي ؛ لأن النبي ﷺ أمر هلال بن أمية أن يستدعي زوجته إليه ولاعن بينهما .

ولأنه إما يمين وإما شهادة فأيهما كان فمن شرطه الحاكم . وإن تراضى الزوجان بغير حاكم يلاعن بينهما لم يصح ذلك ؛ لأن اللعان مبني على التغليظ والتأكيد فلم يجز بغير الحاكم كالحد . وسواء كان الزوجان حرين أو مملوكين في ظاهر كلام الخرقي ؛ لأنه لعان بين زوجين فلم يجز بغير الحاكم أو نائبه .

ولأن اللعان درء للحد وموجب له فجرى مجرى إقامة البينة على الزنا والحكم به أو بنفيه . وإن كانت المرأة خفرة لا تبرز لحوائجها بعث الحاكم نائبه وبعث معه عدولاً ليلاعنوا بينهما وإن بعث نائبه وحده جاز ؛ لأن الجمع غير واجب .

الحكم الثاني في ألفاظ اللعان وصفته : أما ألفاظه فخمسة في حق كل واحد منهما وصفته : أن الإمام يبدأ بالزوج فيقيمه ويقول له : قل أربع مرات أشهد بالله إني لمن الصادقين فيما رميت به زوجتي هذه من الزنا ويشير إليها إن كانت حاضرة ولا يحتاج مع الحضور والإشارة إلى نسبه وتسميته كما لا يحتاج إلى ذلك في سائر العقود . وإن كانت غائبة أسماها ونسبها فقال : امرأتي فلانة بنت فلان ويرفع في نسبها حتى ينفي المشاركة بينها وبين غيرها فإذا شهد أربع مرات وقفه الحاكم وقال له[1] : اتق الله فإنها الموجبة ، وعذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة

(١) زيادة من المغني ٩: ٦٢.

وكل شيء أهون من لعنة الله ويأمر رجلاً فيضع يده على فيه حتى لا يبادر بالخامسة قبل الموعظة ثم يأمر الرجل فيرسل يده عن فيه فإن رآه يمضي في ذلك قال له قل : وإن لعنة الله علي إن كنت من الكاذبين فيما رميت به زوجتي هذه من الزنا .

ثم يأمر المرأة بالقيام ويقول لها : قولي أشهد بالله إن زوجي هذا لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا ويشير إليه وإن كان غائباً أسمته ونسبته فإذا كرر ذلك أربع مرات وقفها ووعظها كما ذكرنا في حق الزوج ويأمر امرأة فتضع يدها على فيها فإن رآها تمضي على ذلك قال لها قولي : وأن غضب الله علي إن كان زوجي هذا من الصادقين فيما رماني به من الزنا .

وعدد هذه الألفاظ الخمسة شرط في اللعان فإن أخل بواحدة منها لم يصح على ما ذكرنا فيما مضى . وإن أبدل لفظاً فظاهر كلام الخرقي أنه يجوز أن يبدل قوله : إني لمن الصادقين بقوله : لقد زنت ؛ لأن معناهما واحد ، ويجوز لها إبدال : إنه لمن الكاذبين بقولها : لقد كذب ؛ لأنه ذكر صفة اللعان كذلك واتباع لفظ النص أولى وأحسن . وإن أبدل لفظ : أشهد بلفظ من ألفاظ اليمين فقال : احلف أو اقسم أو أولي لم يعتد به .

وقال أبو الخطاب : فيه وجه آخر أنه يعتد به ؛ لأنه أتى بالمعنى فأشبه ما لو أبدل : إني لمن الصادقين بقوله : لقد زنت وللشافعي في هذا وجهان والصحيح أنه لا يصح ؛ لأن ما اعتبر فيه لفظ الشهادة لم يقم غيره مقامه كالشهادات في الحقوق .

ولأن اللعان يقصد فيه التغليظ واعتبار لفظ الشهادات أبلغ في التغليظ فلم يجز تركه ولهذا لم يجز أن يقسم بالله من غير كلمة تقوم مقام : أشهد .

والثاني : يعتد به ؛ لأنه أتى بالمعنى أشبه ما قبله وللشافعي وجهان كهذين .

وإن أبدل لفظة اللعنة بالإبعاد لم يجز ؛ لأن لفظة اللعنة أبلغ في الزجر وأشد في أنفس الناس .

ولأنه عدل عن المنصوص . وفيه وجه أنه يجوز ؛ لأن معناهما واحد وإن أبدلت المرأة لفظة الغضب باللعنة لم يجز ؛ لأن الغضب أغلظ ولهذا خصت المرأة به ؛ لأن المعرة بزناها أقبح وإثمها بفعل الزنا أعظم من إثمه بالقذف .

وإن أبدلتها بالسخط خرج على الوجهين فيما إذا أبدل الرجل لفظ اللعنة بالإبعاد . وإن أبدل الرجل لفظ اللعنة بالغضب احتمل أن يجوز ؛ لأنه أبلغ واحتمل أن لا يجوز لمخالفته المنصوص .

قال الوزير يحيى بن محمد بن هبيرة : من الفقهاء من اشترط أن يزاد بعد قوله من الصادقين فيما رميتها به من الزنا واشترط في نفيها عن نفسها فيما رماني به من الزنا ولا أراه يحتاج إليه ؛ لأن الله أنزل ذلك وبينه و لم يذكر هذا الاشتراط .

وأما موعظة الإمام لهما بعد الرابعة وقبل الخامسة فهي مستحبة في قول أكثر أهل العلم ؛ لما روى ابن عباس قال : « لما كانت الخامسة قيل : يا هلال اتق الله فإنها الموجبة التي توجب عليك العذاب فقال : والله لا يعذبني الله عليها كما لم يجلدني عليها فشهد الخامسة فلما كانت الخامسة قيل لها : اتقي الله فإن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة وإن هذه الموجبة التي توجب عليك العذاب فتلكأت ساعة ثم قالت : والله لا أفضح قومي فشهدت الخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين »[1] .

فصل

ويشترط في صحة اللعان شروط ستة :

أحدها : أن يكون بمحضر الإمام أو نائبه .

الثاني : أن يأتي كل واحد منهما باللعان بعد إلقائه عليه فإن بادر به قبل أن يلقيه الإمام عليه لم يصح كما لو حلف قبل أن يحلفه الحاكم .

الثالث : استكمال لفظات اللعان الخمسة فإن نقص منها لفظة لم يصح .

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٢٢٥٦) ٢: ٢٧٦ كتاب الطلاق، باب في اللعان.

الرابع : أن يأتي بصورته إلا ما ذكرنا من الاختلاف في إبدال لفظة بمثلها في المعنى .

الخامس : الترتيب فإن قدم لفظة اللعنة على شيء من الألفاظ الأربعة أو قدمت المرأة لعانها على لعان الرجل لم يعتد به .

السادس : الإشارة من كل واحد منهما إلى صاحبه إن كان حاضراً أو تسميته إن كان غائباً ولا يشترط حضورهما معاً بل لو كان أحدهما غائباً عن صاحبه مثل : إن لاعن الرجل في المسجد والمرأة على بابه لعدم إمكان دخولها[1] جاز .

مسألة : (**فإن كان في اللعان ذكر الولد فإذا قال : أشهد با لله لقد زنيت يقول : وما هذا الولد ولدي وتقول هي : أشهد با لله لقد كذب وهذا الولد ولده**) .

أما إذا كان اللعان لنفي ولدها فلا بد من ذكره في لعانهما . وقال أبو بكر : لا يحتاج واحد منهما إلى ذكره وينتفي بزوال الفراش .

ووجه قول الخرقي : أنهما يتحالفان لنفي شيء فاشترط ذكره في تحالفهما كالمختلفين في اليمين وظاهر كلام الخرقي أنه يكتفى بقول الزوج : وما هذا الولد ولدي ، ومن المرأة بقولها : وهذا الولد ولده .

وقال القاضي : يشترط أن يقول : هذا الولد من زنا وليس هو مني وهذا مذهب الشافعي ؛ لأنه قد يريد بقوله : ليس هو مني يعني خلقاً وخلقاً ولم نقتصر على قوله : هو من الزنا ؛ لأنه قد يعتقد أن الوطء في نكاح فاسد زنا فأكدنا بذكرهما جميعاً .

والأول أصح ؛ لأنه نفى الولد في اللعان فاكتفى به كما لو ذكر اللفظين . وما ذكروه من التأكيد تحكم بغير دليل ولا ينتفي الاحتمال بضم إحدى اللفظتين إلى الأخرى فإنه إذا اعتقد أنه من وطء فاسد واعتقد أن ذلك زنا صح منه أن

---

(١) في الأصل: دخوله . وما أثبتناه من المغني ٩: ٦٥.

يقول اللفظين جميعاً وقد يريد أنه لا يشبههني خلقاً وخلقاً وأنه من وطء فاسد . فإن لم يذكر الولد في اللعان لم ينتف عنه وإن أراد نفيه أعاد اللعان ويذكر نفي الولد فيه .

مسألة : **(فإن التَعَنَ هو ولم تلتعِنْ هي فلا حد عليها ، والزوجيّة بحالها)** .

أما إذا لاعنها وامتنعت من الملاعنة فلا حد عليها وبه قال الحسن وأبو حنيفة وأصحابه ؛ لأنه لم يتحقق زناها فلا يجب عليها الحد كما لو لم تلاعن . ودليل ذلك : أن تحقيق زناها إما أن يكون بلعان الزوج أو بنكولها أو بهما لا يجوز[1] أن يكون بلعان الزوج وحده ؛ لأنه لو ثبت زناها لما سمع لعانها ولا وجب الحد على قاذفها .

ولأنه إما يمين وإما شهادة وكلاهما لا يثبت له الحق على غيره ولا يجوز أن يثبت بنكولها ؛ لأن الحد لا يثبت بالنكول ؛ لأنه يدرأ بالشبهات فلا يثبت بها وذلك لأن النكول يحتمل أن يكون لشدة خفرها أو لعقلة على لسانها أو غير ذلك فلا يجوز إثبات الحد الذي اعتبر في بينته من العدد ضعف ما اعتبر في سائر الحدود واعتبر في حقهم أن يصفوا صفة الفعل وأن يصرحوا بلفظه وغير ذلك مبالغة في نفي الشبهات عنه وتوسلاً إلى إسقاطه ولا يجوز أن يقضى فيه بالنكول الذي هو في نفسه شبهة لا يقضى به في شيء من الحدود ولا العقوبات ولا ما عدا الأموال ؛ لأنها أقرت بلسانها ثم رجعت لم يجب عليها الحد فلأن لا يجب بمجرد امتناعها من اليمين على براءتها أولى . ولا يجوز أن يقضى فيه بهما ؛ لأن ما لا يقضى فيه باليمين المفردة لا يقضى فيه باليمين مع النكول كسائر الحقوق .

ولأن ما في كل واحد منهما من الشبهة لا ينتفي بضم أحدهما إلى الآخر فإن احتمال نكولها لفرط حيائها وعجزها عن النطق باللعان في مجمع الناس لا يزول بلعان الزوج . والعذاب يجوز أن يكون الحبس أو غيره فلا يتعين في الحد وإن احتمل أن يكون هو المراد فلا يثبت الحد بالاحتمال وقد ترجح ما ذكرنا بقول

(١) في الأصل: جائز. وما أثبتناه من المغني ٩: ٧٢.

عمر : « إن الحد على من زنا وقد أحصن إذا كانت بينة أو كان الحمل أو الاعتراف »[1] فذكر موجبات الحد و لم يذكر اللعان .

إذا ثبت هذا ففيما يصنع بها روايتان :

أصحهما : عندي أنها تحبس حتى تلاعن أو تقر أربعاً . قال أحمد : فإن أبت المرأة أن تلتعن بعد التعان الرجل أجبرتها عليه وهبت إن أحكم عليها بالرجم ؛ لأنها لو أقرت بلسانها لم أرجمها إذا رجعت فكيف إذا أبت اللعان؟ ولا يسقط النسب إلا بالتعانهما جميعاً ؛ لأن الفراش قائم حتى تلتعن والولد للفراش .

وهذا قول من وافقنا في أنه لا حد عليها وذلك لقول الله تعالى : ﴿ويدرؤ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله﴾ [النور :٨] فيدل على أنها إذا لم تشهد لا يدرأ عنها العذاب .

والرواية الأخرى : يخلى سبيلها وهو قول أبي بكر ؛ لأنها لم تجب عليها الحد فيجب تخلية سبيلها كما لو لم تكمل البينة . وأما الزوجية فلا تزول والولد لا ينتفي ما لم يتم اللعان بينهما في قول عامة أهل العلم .

مسألة : **(وكذلك إن أقرت دون الأربع مرات)** .

أما الرجل إذا قذف زوجته فصدقته وأقرت بالزنا مرة أو مرتين أو ثلاثاً لم يجب عليها الحد ؛ لأنه لا يثبت إلا بإقرار أربع مرات على ما سنذكره في الحدود إن شاء الله تعالى . ثم إن كان تصديقها له قبل لعانه فلا لعان بينهما ؛ لأن اللعان كالبينة إنما تقدم مع الإنكار وإن كان بعد لعانه لم تلاعن هي ؛ لأنها لا تحلف مع الإقرار وحكمها حكم ما لو امتنعت من غير إقرار وبهذا قال أبو حنيفة ، وإن أقرت أربعاً وجب الحد ولا لعان بينهما إذا لم يكن ثم نسب ينفى وإن رجعت سقط الحد عنها بغير خلاف علمناه ، فإن الرجوع عن الإقرار بالحد مقبول وليس له أن يلاعن للحد فإنه لم يجب عليه لتصديقها إياه وإن أراد لعانها لنفي نسب فظاهر قول الخرقي أنه ليس له ذلك في جميع هذه الصور وهو قول أبي حنيفة

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٦٤٤٢) ٦: ٢٥٠٣ كتاب الحدود ، باب رجم الحبلى من الزنا إذا أحصنت.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٦٩١) ٣: ١٤١٧ كتاب الحدود ، باب رجم الثيب في الزنا.

وأصحابه ؛ لأن نفي الولد إنما يكون بلعانهما معاً وقد تعذر اللعان منهما ؛ لأنها لا تستحلف على نفي ما تقر به فتعذر نفي الولد لتعذر سببه كما لو مات بعد القذف وقبل اللعان . والله أعلم .

كتاب العدد

الأصل في وجوب العدة الكتاب والسنة والإجماع .

أما الكتاب فقول الله تعالى : ﴿والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء﴾ [البقرة :٢٢٨] ، وقوله : ﴿واللائي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائي لم يحضن وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن﴾ [الطلاق :٤] ، وقوله : ﴿والذين يُتوفون منكم ويذرون أزواجًا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرًا﴾ [البقرة :٢٣٤] .

وأما السنة فقول النبي ﷺ : «لا يحل لامرأة تؤمن با لله واليوم الآخر أن تحدّ على ميت فوق ثلاث إلا على زوج أربعة أشهر وعشرًا»(١) .

وقال لفاطمة بنت قيس : «اعتدي في بيت ابن أم مكتوم»(٢) .

وفي آي وأحاديث سوى هذا كثير .

وأجمعت الأمة على وجوب العدة في الجملة .

وإنما اختلفوا في أنواع منها وأجمعوا على أن المطلقة قبل المسيس لا عدة عليها ؛ لقول الله تعالى : ﴿يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها فمتعوهن وسرحوهن سراحاً جميلاً﴾ [الأحزاب :٤٩] .

ولأن العدة تجب لبراءة الرحم وقد تيقناها هاهنا وهكذا كل فرقة في الحياة كالفسخ لرضاع أو عيب أو عتق أو لعان أو اختلاف دين .

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٥٠٣٠) ٥: ٢٠٤٤ كتاب الطلاق، باب ﴿والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر﴾.

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٤٩٠) ١: ١١٢٦ كتاب الطلاق، باب وجوب الإحداد في عدة الوفاة...

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٤١١٢) ٤: ٦٣ كتاب اللباس، باب في قوله عز وجل: ﴿وقل للمؤمنات يغضضن من أبصارهن﴾.

مسألة : قال أبو القاسم رحمه الله : **(وإذا طلق الرجل زوجته وقد خلا بها فعدتُها ثلاث حِيَضٍ غير الحيضة التي طلقها فيها)** .

هذه المسألة تشتمل على أحكام :

الأول : أن العدة تجب على كل من خلا بها زوجها وإن لم يمسها ولا خلاف بين أهل العلم في وجوبها على المطلقة بعد المسيس وأما إن خلا بها و لم يصبها ثم طلقها فإن مذهب أحمد وجوب العدة عليها وروي هذا عن الخلفاء الراشدين وزيد وابن عمر وبه قال أبو حنيفة وأصحابه والشافعي في القديم ؛ لما روى الإمام أحمد والأثرم بإسنادهما عن زرارة بن أوفى قال : «قضى الخلفاء الراشدون : أن من أرخى سترًا أو أغلق بابًا فقد وجب المهر ووجبت العدة»[1] .

ورواه الأثرم أيضًا عن الأحنف عن عمر وعلي ، وعن سعيد بن المسيب عن عمر وزيد بن ثابت وهذه قضايا اشتهرت فلم تنكر فصارت إجماعاً .

ولأنه عقد على المنافع فالتمكين فيه يجري مجرى الاستيفاء في الأحكام المتعلقة كعقد الإجارة .

إذا ثبت هذا فظاهر كلام الخرقي أنه لا فرق بين أن يخلو بها مع المانع من الوطء أو مع عدمه سواء كان المانع حقيقياً كالجب والعنة والفتق والرتق أو شرعياً كالصوم والإحرام والحيض والنفاس والظهار ؛ لأن الحكم علق هاهنا على الخلوة التي هي مظنة الإصابة دون حقيقتها ولهذا لو خلا بها فأتت بولد لمدة الحمل لحقه نسبه وإن لم يطأ .

الحكم الثاني : أن عدة المطلقة إذا كانت حرة وهي من ذوات القرء ثلاثة قروء بلا خلاف بين أهل العلم ؛ لقول الله : ﴿والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء﴾ [البقرة :٢٢٨] ، والقروء في كلام العرب يقع على الحيض والطهر جميعاً فهو من الأسماء المشتركة .

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٧: ٢٥٥ كتاب الصداق، باب من قال: من أغلق باباً أو أرخى ستراً...
وأخرجه سعيد بن منصور في سننه (٧٦٢) ١: ٢٠٢ باب فيما يجب به الصداق.

قال أحمد بن يحيى بن ثعلب: القروء الأوقات الواحد قرء وقد يكون حيضاً وقد يكون طهراً؛ لأن كل واحد منهما يأتي لوقت.

وقال الخليل بن أحمد: يقال: أقرأت المرأة إذا دنا حيضها وأقرأت إذا دنا طهرها، وفي الحديث عن النبي ﷺ: «دعي الصلاة أيام أقرائك»[1] فهذا الحيض.

إذا ثبت هذا فظاهر المذهب أن الأقراء الحيض روي هذا عن عمر وعلي وابن عباس وسعيد بن المسيب وبه قال أبو حنيفة وأصحابه، وروي هذا عن أبي بكر وعثمان وأبي موسى وعبادة بن الصامت وأبي الدرداء.

قال القاضي: الصحيح عن أحمد أن الأقراء الحيض وإليه ذهب أصحابنا ورجع عن قوله بالأطهار فقال في رواية النيسابوري: كنت أقول أنه الأطهار وأنا أذهب اليوم إلى أن الأقراء الحيض.

وعن أحمد أن الأقراء الأطهار وهو قول زيد وابن عمر وعائشة وسليمان بن يسار والقاسم بن محمد وسالم بن عبدالله وأبان بن عثمان وعمر بن عبدالعزيز والزهري ومالك والشافعي.

قال ابن عبدالبر: رجع أحمد إلى أن القرء الأطهار قال في رواية الأثرم: رأيت الأحاديث عمن قال: القرء الحيض تختلف والأحاديث عمن قال أنه أحق بها حتى تدخل في الحيضة الثالثة أحاديثها صحاح وقوية، واحتج من قال هذا بقول الله تعالى: ﴿فطلقوهن لعدتهن﴾ [الطلاق:١] أي في عدتهن كقوله تعالى: ﴿ونضع الموازين القسط ليوم القيامة﴾ [الأنبياء:٤٧] أي في يوم القيامة وإنما أمر بالطلاق في الطهر لا في الحيض ويدل عليه قول النبي ﷺ في حديث ابن عمر: «مره فليراجعها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر فإن شاء طلق وإن شاء أمسك فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء»[2] متفق عليه.

وفي رواية ابن عمر: «فطلقوهن في قُبُلِ عدتهن»[3].

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٣١٩) ١: ١٢٤ كتاب الحيض، باب إذا حاضت في شهر ثلاث حيض...

(٢) سبق تخريجه ص: ٥.

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه (١٤٧١) ٢: ١٠٩٨ كتاب الطلاق، باب تحريم طلاق الحائض بغير رضاها...

ولأنها عدة عن طلاق بمجرد مباح فوجب أن تعتبر عقيب الطلاق كعدة الآيسة والصغيرة .

ووجه الرواية الأولى وهي أصح قول الله تعالى : ﴿واللائي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائي لم يحضن﴾ [الطلاق :٤] فنقلهن عند عدم الحيض إلى الاعتداد بالأشهر فدل ذلك على أن الأصل الحيض كما قال : ﴿فلم تجدوا ماء فتيمموا﴾ [المائدة :٦] .

ولأن المعهود في لسان الشرع استعمال القرء بمعنى الحيض . قال عليه السلام : « تدع الصلاة أيام أقرائها »[1] رواه أبو داود .

وقال لفاطمة بنت أبي حبيش : « انظري فإذا أتى قرؤك فلا تصلي . وإذا مر قرؤك فتطهري ثم صلي ما بين القروء إلى القروء »[2] . رواه النسائي .

ولم يعهد في لسانه استعماله بمعنى الطهر في موضع . فوجب أن يحمل كلامه على المعهود في لسانه . وروي عن النبي ﷺ أنه قال : « طلاق الأمة طلقتان وقرؤها حيضتان »[3] رواه أبو داود والترمذي من حديث عائشة .

فإن قالوا : هذا يرويه مظاهر بن أسلم وهو منكر الحديث . قلنا : قد رواه عبدالله بن عيسى عن عطية العوفي عن ابن عمر كذلك أخرجه ابن ماجة في سننه وأبو بكر الخلال في جامعه وهو نص في عدة الأمة فكذلك عدة الحرة .

ولأن ظاهر قوله : ﴿يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء﴾ [البقرة :٢٢٨] وجوب التربص ثلاثة كاملة ومن جعل القروء الأطهار لم يوجب ثلاثة ؛ لأنه يكتفي بطهرين وبعض الثالث فيخالف ظاهر النص ومن جعله الحيض أوجب[4] ثلاثة كاملة فيوافق ظاهر النص فيكون أولى من مخالفته .

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٢٩٧) ١: ٨٠ كتاب الطهارة، باب من قال تغتسل من طهر إلى طهر .

(٢) أخرجه النسائي في سننه (٣٥٥٣) ٦: ٢١١ كتاب الطلاق، الأقـــراء.

(٣) أخرجه أبو داود في سننه (٢١٨٩) ٢: ٢٥٧ أبواب الطلاق، باب في سنة طلاق العبد.
وأخرجه الترمذي في سننه (١١٨٢) ٣: ١٧ كتاب الطلاق واللعان، باب ما جاء أن طلاق الأمة تطليقتان.

(٤) زيادة من المغني ٩: ٨٤.

ولأن العدة استبراء فكانت بالحيض كاستبراء الأمة وذلك لأن الاستبراء لمعرفة براءة الرحم من الحمل والذي يدل عليه الحيض فوجب أن يكون الاستبراء به . فإن قيل : لا نسلم أن الاستبراء الأمة بالحيضة وإنما هو بالطهر الذي قبل الحيضة كذلك قال ابن عبدالبر وقال قولهم أن استبراء الأمة حيضة بإجماع ليس كما ظنوا بل جائز لها عندنا أن تنكح إذا دخلت في الحيضة واستيقنت أن دمها دم حيض كذلك قال إسماعيل بن إسحاق ليحيى بن أكثم حين دخل عليه في مناظرته إياه . قلنا : هذا يرده قول النبي ﷺ : «لا تُوطأ حامل حتى تَضَع، ولا حائل حتى تستبرأ بحيضة»[1] .

ولأن الاستبراء لمعرفة براءة الرحم وإنما يحصل بالحيضة لا بالطهر الذي قبلها .

ولأن العدة تتعلق بخروج خارج من الرحم فوجب أن تتعلق بالطهر كوضع الحمل يحققه أن العدة مقصودها معرفة براءة المرأة من الحمل فتارة تحصل بوضعه وتارة تحصل بما ينافيه وهو الحيض الذي لا يتصور وجوده معه ، وأما قوله : ﴿فطلقوهن لعدتهن﴾ [الطلاق : ١] فيحتمل أنه أراد قبل عدتهن إذ لا يمكن حمله على الطلاق في العدة ضرورة أن الطلاق يسبق العدة لكونه سببها والسبب يتقدم الحكم فلا يوجد الحكم قبله والطلاق في الطهر تطليق قبل العدة إذا كانت الأقراء الحيض .

الحكم الثالث : أن الحيضة التي طلق فيها لا تحتسب من عدتها بغير خلاف بين أهل العلم ؛ لأن الله أمر بثلاثة قروء فتناول ثلاثة كاملة والتي طلق فيها لم يبق منها ما تتم به مع اثنتين ثلاثة كاملة فلا يعتد بها .

ولأن الطلاق إنما حرم في الحيض لما فيه من تطويل العدة عليها فلو احتسبت بتلك الحيضة قرءاً كان أقصر لعدتها وأنفع لها فلم يكن محرماً ومن قال : القروء الأطهار احتسب لها بالطهر الذي طلقها فيه قرءاً فلو طلقها وقد بقي من قرئها

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٢١٥٧) ٢: ٢٤٨ كتاب النكاح، باب في وطء السبايا.
وأخرجه أحمد في مسنده (١١٦١٤) ٣: ٦٢.

لحظة حسبها قرءاً وهذا قول كل من قال : القروء الأطهار إلا الزهـري فإنـه قـال : تعتد بثلاثة قروء سوى الطهر الذي طلقها فيه .

وحجتنا أن الطلاق حرم في زمن الحيض دفعاً لضرر تطويل العدة عليها فلو لم تحتسب بقية الطهر قرءاً كان الطلاق في الطهر أضر بها وأطول عليها .

وأما إن انقضت حروف الطلاق مع انقضاء الطهر فـإن الطـلاق يقـع في أول الحيضة ويكون محرماً ولا تحتسب بتلك الحيضة من عدتها وتحتاج أن تعتـد بثـلاث حيض بعدها أو بثلاثة أطهار على الرواية الأخرى ، ولـو قـال لهـا : أنـت طـالق في آخر طهرك أو في آخر جزء من طهرك أو انقضت حروف الإيقاع[1] ولم يبـق مـن الطهر إلا زمن الوقوع فإنها لا تحتسب بالطهر الذي وقع فيـه الطـلاق ؛ لأن العـدة لا تكون إلا بعد وقوع الطلاق وليس بعده طهر تعتد به ولا يجوز الاعتداد بما قبلـه ولا بما قاربه ومن جعل القروء الحيض اعتد لها بالحيضـة الـتي تلـي الطـلاق ؛ لأنهـا حيضة كاملة لم يقع فيها طلاق فوجب أن تعتد بها قرءاً .

مسألة : (**فإذا اغتسلت من الحيضة الثالثة أبيحت للأزواج**) .

حكى ابن حامد في هذه المسألة روايتين :

إحداهما : أنها في العدة ما لم تغتسل فيباح لزوجها ارتجاعهـا ولا يحـل لغيره نكاحها . قال أحمد : عمر وعلي وابن مسعود يقولون : لا تبـاح لـلأزواج قبـل أن تغتسل من الحيضة الثالثة ، وروي ذلك عن أبي بكر الصديق وعثمان وأبي موسـى وعبادة وأبي الدرداء . قال شريك : له الرجعة وإن فرطت في الغسل عشرين سنة .

ووجه هذا قول من سمينـا مـن الصحابـة ولم يعـرف لهـم مخالف في عصرهـم فيكون إجماعاً .

ولأن أكثر أحكام الحيض لا تزول إلا بالغسل فكذلك هذا .

والرواية الثانية : أن العدة تنقضي بمجرد الطهر قبل الغسـل وهـي اختيـار أبـي الخطاب ؛ لقول الله : ﴿والمطلقات يـتربصن بأنفسـهن ثلاثـة قـروء﴾ [البقـرة :٢٢٨]

(١) في الأصل: أو انقضت جزء من الإيقاع. وما أثبتناه من المغني ٩: ٨٦.

والقرء الحيض وقد زالت فيزول التربص بدليل وجوب الغسل عليها ووجوب الصلاة وفعل الصيام وصحته منها .

ولأنه لم يبق حكم العدة في الميراث ووقوع الطلاق بها واللعان والنفقة فكذلك فيما نحن فيه . قال القاضي : إذا شرطنا الغسل أفاد عدمه إباحة الرجعة وتحريمها على الأزواج ، وأما سائر الأحكام فإنها تنقطع بانقطاع دمها .

مسألة : **(وإن كانت أمة فإذا اغتسلت من الحيضة الثانية)** .

أكثر أهل العلم يقولون : عدة الأمة بالقرء قرآن منهم عمر وعلي وابن عمر وسعيد بن المسيب وأبو حنيفة وأصحابه ومالك والشافعي ؛ لقول النبي ﷺ : «قرء الأمة حيضتان»[(1)] .

ولأنه قول من سمينا من الصحابة و لم نعرف لهم في الصحابة مخالفاً فكان إجماعًا .

ولأنه معنى ذو عدد بني على التفاضل فلا تساوي الأمة فيه الحرة كالحد .

وكان القياس يقتضي : أن تكون حيضة ونصفاً كما كان حدها على النصف من حد الحرة ، إلا أن الحيض لا يتبعض فكمل حيضتين . ولهذا قال عمر : لو أستطيع أن أجعل العدة حيضة ونصفاً لفعلت .

إذا ثبت هذا فانقضاء عدتها بالغسل من الحيضة الثانية في إحدى الروايتين وفي الأخرى بانقطاع الدم من الحيضة الثانية وعلى الرواية التي تقول : إن القروء الأطهار فانقضاء عدتها برؤية الدم من الحيضة الثانية .

مسألة : **(وإن كانت من الآيسات أو ممن لم يحضن فعدتها ثلاثة أشهر)** .

أجمع أهل العلم على هذا ؛ لأن الله ذكره في كتابه بقوله تعالى : ﴿واللائي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائي لم يحضن﴾ [الطلاق :٤] وتجب العدة من الساعة التي فارقها زوجها فيها فلو فارقها نصف الليل أو نصف النهار اعتدت من ذلك الوقت إلى مثله في قول أكثر أهل العلم .

---

(١) سبق تخريجه ص: ١٣٩.

وقال ابن حامد : لا يحتسب بالساعات وإنما يحتسب بأول الليل والنهار فإذا طلقها نهاراً احتسبت من أول الليل الذي يليه وإن طلقها ليلاً احتسب بأول النهار الذي يليه وهذا قول مالك ؛ لأن حساب الساعات يشق فسقط اعتباره .

والأول المذهب ؛ لقول الله تعالى : ﴿فعدتهن ثلاثة أشهر﴾ [الطلاق :٤] ولا تجوز الزيادة عليها بغير دليل وحساب الساعات ممكن إما يقيناً وإما استظهاراً فلا وجه للزيادة على ما أوجبه الله تعالى .

مسألة : (والأمَة شهرَان) .

اختلفت الرواية عن أحمد في عدة الأمة فأكثر الروايات عنه أنها شهران رواه عنه جماعة من أصحابه واحتج فيه بقول عمر : « عدة أم الولد حيضتان ، ولو لم تحض كان عدتها شهرين »[1] رواه الأثرم عنه بإسناده .

وهذا قول الزهري وأحد أقوال الشافعي ؛ لأن الأشهر بدل من القروء وعدة ذات القروء قرآن فبدلهما شهران .

ولأنها معتدة بالشهور عن غير الوفاة فكان عددها كعدد القرء ولو كانت ذات قرء كالحرة .

والرواية الثانية : أن عدتها شهر ونصف اختارها أبو بكر وبه قال أبو حنيفة وأصحابه وهو القول الثاني للشافعي ؛ لأن عدة الأمة نصف عدة الحرة وعدة الحرة ثلاثة أشهر فنصفها شهر ونصف وإنما كملنا لذات الحيض حيضتين ؛ لتعذر تبعيض الحيضة فإذا صرنا إلى الشهور أمكن التنصيف فوجب المصير إليه كما في عدة الوفاة ويصير هذا كالمحرم إذا وجب عليه في جزاء الصيد نصف مد أجزأه إخراجه فإن أراد الصيام مكانه صام يوماً كاملاً .

ولأنها عدة أمكن تنصيفها فكانت على النصف من عدة الحرة كعدة الوفاة .

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٧: ٤٢٥ كتاب العدد، باب عدة الأمة.

والرواية الثالثة : أن عدتها ثلاثة أشهر وهي أصح عندي وبه قال الحسن ومالك وهو القول الثالث للشافعي ؛ لعموم قوله تعالى : ﴿فعدتهن ثلاثة أشهر﴾ [الطلاق:٤] .

ولأنه استبراء للأمة الآيسة بالشهور فكان ثلاثة أشهر كاستبراء الأمة إذا ملكها أو مات سيدها .

ولأن اعتبار الشهور هاهنا للعلم ببراءة الرحم ولا يحصل هذا بدون ثلاثة أشهر في الحرة والأمة جميعاً ؛ لأن الحمل يكون نطفة أربعين يوماً وعلقة أربعين يوماً ثم يصير مضغة ثم يتحرك ويعلو بطن المرأة فيظهر الحمل وهذا معنى لا يختلف بالرق والحرية ولذلك كان استبراء الأمة في حق سيدها ثلاثة أشهر ومن رد هذه الرواية قال هي مخالفة لإجماع الصحابة ؛ لأنهم اختلفوا على القولين الأولين ومتى اختلف الصحابة على قولين لم يجز إحداث قول ثالث ؛ لأنه يفضي إلى تخطئتهم وخروج الحق عن قول جميعهم ولا يجوز ذلك .

ولأنها معتدة بغير الحمل فكانت دون عدة الحرة كذات القرء المتوفى[1] عنها زوجها .

فصل

وفي أول سن الإياس روايتان: إحداهما خمسون سنة ؛ لأن عائشة قالت : « لم تر المرأة ولداً في بطنها بعد الخمسين » ، وفي لفظ : « إذا بلغت خمسين سنة خرجت عن حد الحيض » وهذا سبيله التوقيف لا يجوز بمجرد الرأي والتحكم فالظاهر أنها قالته توقيفاً عن النبي ﷺ .

والرواية الأخرى : إن كانت من نساء العجم فخمسون وإن كانت من نساء العرب فستون ؛ لأنهن أقوى جبلة ، وقد ذكر الزبير بن بكار في كتاب النسب أن هنداً بنت أبي عبيدة بن عبدا لله بن زمعة ولدت موسى بن عبدا لله بن حسن بن حسن بن علي بن أبي طالب ولها ستون سنة .

(١) في الأصل: والمتوفى. وما أثبتناه من المغني ٩: ٩٢.

وقال : يقال إنه لن تلد بعد خمسين سنة إلا عربية ولا تلد لستين إلا قرشية .

والصحيح أنه متى بلغت المرأة خمسين سنة فانقطع حيضها عن عادتها مرات لغير سبب فقد صارت آيسة ؛ لأن وجود الحيض في حق هذه نادر لما ذكرنا من قول عائشة وقلة وجوده فإذا انضم إلى هذه انقطاعه عن العادات مرات حصل اليأس من وجوده فلها حينئذ أن تعتد بالأشهر ، وإن انقطع قبل ذلك فحكمها حكم من ارتفع حيضها لا تدري ما رفعه وسنذكره إن شاء الله تعالى . وإن رأت الدم بعد الخمسين على العادة التي كانت تراه فيها فهو حيض في الصحيح ؛ لأن دليل الحيض الوجود في زمن الإمكان وهذا يمكن وجود الحيض فيه وإن كان نادراً ، وإن رأته بعد الستين فقد تيقن أنه ليس بحيض ؛ لأنه لم يوجد ذلك فعند ذلك لا تعتد به وتعتد بالأشهر كالتي لا ترى دماً .

فصل

فإن بلغت سناً تحيض فيه النساء في الغالب فلم تحض كخمس عشرة سنة فعدتها ثلاثة أشهر في ظاهر قول الخرقي وقول أبي بكر وهو مذهب أبي حنيفة ومالك والشافعي وضعف أبو بكر الرواية المخالفة لهذا وقال : رواها أبو طالب فخالف فيها أصحابه وذلك ما روى أبو طالب عن أحمد أنها تعتد سنة .

قال القاضي : هذه الرواية أصح ؛ لأنه متى أتى عليها زمان الحيض فلم تحض صارت مرتابة يجوز أن يكون بها حمل منع حيضها فيجب أن تعتد بسنة كالتي ارتفع حيضها بعد وجوده .

والأول أصح ؛ لقول الله تعالى : ﴿واللائي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائي لم يحضن﴾ [الطلاق :٤] وهذه من اللائي لم يحضن .

ولأن الاعتبار بحال المعتدة لا بحال غيرها ولهذا لو حاضت قبل بلوغ سن تحيض لمثله النساء في الغالب مثل أن تحيض ولها عشر سنين اعتدت بالحيض وفارق من ارتفع حيضها فإنها من ذوات القروء وهذه لم تكن منهن .

مسألة : **(وإذا طلقها طلاقاً يملك فيه الرجعة وهي أمة فلم تنقض عدتها حتى أعتقت بنت على عدة حرة وإن طلقها طلاقاً لا يملك فيه الرجعة فأعتقت اعتدت عدة أمة)** .

هذا قول الحسن وأبي حنيفة وأصحابه وهو أحد أقوال الشافعي ؛ لأنها إذا عتقت وهي رجعية فقد وجدت الحرية وهي زوجة تعتد عدة الوفاة لو مات فوجب أن تعتد عدة الحرائر كما لو أعتقت قبل الطلاق وإن أعتقت وهي بائن فلم توجد الحرية في الزوجية فلم تجب عليها عدة الحرائر كما لو أعتقت بعد مضي القرئين .

ولأن عدة[1] الرجعية تنتقل إلى عدة الوفاة لو مات فتنتقل إلى عدة الحرائر والبائن لا تنتقل إلى عدة الوفاة فلا تنتقل إلى عدة الحرائر كما لو انقضت عدتها .

مسألة : **(وإذا طلقها وهي ممن قد حاضت فارتفع حيضها لا تدري ما رفعه اعتدت سنة)** .

أما إذا طلق الرجل زوجته وهي من ذوات الأقراء فلم تر الحيض في عادتها ولم تدر ما رفعه ؟ فإنها تعتد سنة تسعة أشهر منها تتربص فيها لتعلم براءة رحمها ؛ لأن هذه المدة هي غالب مدة الحمل فإذا لم يبن الحمل فيها علم براءة الرحم ظاهراً فتعتد بعد ذلك عدة الآيسات ثلاثة أشهر هذا قول عمر . قال الشافعي : هذا قضاء عمر بين المهاجرين والأنصار لا ينكره منهم منكر علمناه وبه قال مالك والشافعي في أحد قوليه ؛ لأن الغرض بالاعتداد معرفة براءة رحمها وهذا يحصل به براءة رحمها فاكتفي به ولهذا اكتفي في حق ذات القرء بثلاثة قروء وفي حق الآيسة بثلاثة أشهر . فإن قيل : فإذا مضت تسعة أشهر علم براءة رحمها ظاهراً فلم اعتبرتم ثلاثة أشهر بعدها ؟ قلنا : الاعتداد بالقرء والأشهر إنما يكون عند عدم الحمل وقد تجب العدة مع العلم ببراءة الرحم بدليل ما لو علق طلاقها بوضع الحمل فوضعته وقع الطلاق ولزمتها العدة .

---

(١) زيادة من المغني ٩: ٩٥.

مسألة : **(وإن كانت أمة اعتدت بأحد عشر شهراً تسعة أشهر للحمل وشهران للعدة)** .

هذه المسألة مبنية على أصلين :

أحدهما : أن الحرة تعتد بسنة إذا ارتفع حيضها لا تدري ما رفعه .

والثاني : أن عدة الأمة الآيسة شهران فتتربص تسعة أشهر ؛ لأن مدة الحمل تتساوى فيه الحرة والأمة لكونه أمراً حقيقياً فإذا يئست من الحمل اعتدت عدة الآيسة شهرين ، وعلى الرواية التي جعلت عدتها شهراً ونصفاً تكون عدتها عشرة أشهر ونصفاً ومن جعلها ثلاثة أشهر فعدتها سنة كالحرة .

مسألة : **(وإن عرفت ما رفع الحيض ، كانت في عدةٍ حتى يعود الحيض ، فتعتد به ، إلا أن تصير من الآيسات ، فتعتد بثلاثة أشهر من وقت تصير في عداد الآيسات)** .

أما إذا عرفت أن ارتفاع الحيض بعارض من مرض أو نفاس أو رضاع فإنها تنتظر زوال العارض وعود الدم وإن طال إلا أن تصير في سن الإياس وقد ذكرناه فعند ذلك تعتد عدة الآيسات . وقد روى الشافعي في مسنده بإسناده عن حبان بن منقذ « أنه طلق امرأته طلقة واحدة وكان لها منه بُنيةٌ تُرضعها ، فتباعد حيضها ، ومرض حبان فقيل له : إنك إن مت ورثتك . فمضى إلى عثمان وعنده علي وزيد بن ثابت ، فسأله عن ذلك فقال عثمان لعلي وزيد : ما تريان ؟ فقالا : نرى أنها إن ماتت ورثها وإن مات ورثته ؛ لأنها ليست من القواعد اللائي يسن من المحيض ، ولا من الأبكار اللائي لم يبلغن المحيض . فرجع حبان إلى أهله فانتزع منها البنت ، فعاد إليها الحيض فحاضت حيضتين ، ومات حبان قبل انقضاء الثالثة ، فورّثها عثمان رضي الله عنه »[1] .

مسألة : **(وإن حاضت حيضة أو حيضتين ثم ارتفع حيضها لا تدري ما رفعه ، لم تنقض عدتها إلا بعد سنة من وقت انقطاع الحيض)** .

---

(١) أخرجه الشافعي في مسنده (١٩١) ٢: ٥٨ كتاب الطلاق، باب في العدة.
وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٧: ٤١٩ كتاب العدد ، باب عدة من تباعد حيضها.

وذلك لما روي عن ابن عمر « أنه قال في رجل طلق امرأته فحاضت حيضة أو حيضتين فارتفع حيضُها لا تدري ما رفعه : تجلس تسعة أشهر ، فإن لم يتبين بها حمل تعتد بثلاثة أشهر ، فذلك سنة »[1] ولا نعرف له مخالفاً .

قال ابن المنذر : قضى به عمر بين المهاجرين والأنصار لا ينكره منكر .

ولأنها لما ارتفعت حيضتها حصلت مرتابة فوجب أن تنتقل إلى الاعتداد بسنة كما لو ارتفع حيضها حين طلقها ووجب عليها سنة كاملة ؛ لأن العدة لا تبنى على عدة أخرى ولذلك لو حاضت حيضة أو حيضتين ثم يئست انتقلت إلى ثلاثة أشهر كاملة . ولو اعتدت الصغيرة شهراً أو شهرين ثم حاضت انتقلت إلى ثلاثة قروء .

وإن كانت عادة المرأة أن يتباعد ما بين حيضتيها لم تنقض عدتها حتى تحيض ثلاث حيض وإن طالت ؛ لأن هذه لم يرتفع حيضها و لم يتأخر عن عادتها فهي من ذوات القروء باقية على عادتها فأشبهت من لم يتباعد حيضها ولا نعلم في هذا مخالفاً .

مسألة : **(ولو طلقها وهي من اللائي لم يحضن فلم تنقض عدتها بالشهور حتى حاضت استقبلت العدة بثلاث حيض إن كانت حرة وبحيضتين إن كانت أمة)** .

أما الصغيرة التي لم تحض أو البالغ التي لم تحض إذا اعتدت بالشهور فحاضت قبل انقضاء عدتها ولو بساعة لزمها استئناف العدة في قول عامة علماء الأمصار منهم أبو حنيفة وأصحابه ومالك والشافعي وأهل المدينة وأهل البصرة وذلك لأن الشهور بدل عن الحيض فإذا وجد المبدل بطل حكم المبدل كالتيمم مع الماء ويلزمها أن تعتد بثلاث حيض إن قلنا القروء الحيض ، وإن قلنا القروء الأطهار فهل تعتد بما مضى من الطهر قبل الحيض قرءاً ؟ فيه وجهان :

(١) أخرجه الشافعي في مسنده (١٩٠) الموضع السابق.
وأخرجه البيهقي في الموضع السابق.

أحدهما : تعتد به ؛ لأنه طهر انتقلت منه إلى حيض فأشبه الطهر بين الحيضتين .

والثاني : لا تعتد به وهي ظاهر كلام الشافعي ؛ لأن القروء هو الطهر بين حيضتين وهذا لم يتقدمه حيض فلم يكن قرءاً وأما إن انقضت عدتها بالشهور ثم حاضت بعدها ولو بلحظة لم يلزمها استئناف العدة ؛ لأنه معنى حدث بعد انقضاء العدة فلم يلزمها الاستئناف كالتي حاضت بعد انقضاء العدة بزمن طويل ولا يمكن منع هذا الأصل ؛ لأنه لو صح منعه لم يحصل الاعتداد بالشهور بحال .

مسألة : (**ولو مات عنها وهو حر أو عند قبل الدخول أو بعده انقضت عدتها لتمام أربعة أشهر وعشراً إن كانت حرة وبتمام شهرين وخمسة أيام إن كانت أمة**) .

أجمع أهل العلم على أن عدة الحرة المسلمة غير ذات الحمل من وفاة زوجها أربعة شهر وعشر دخل بها أو لم يدخل سواء كانت كبيرة بالغة أو صغيرة لم تبلغ وذلك لقوله تعالى : ﴿والذين يُتوفون منكم ويذرون أزواجًا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرًا﴾ [البقرة :٢٣٤] .

وقال النبي ﷺ : «لا يحل لامرأة تؤمن با لله واليوم الآخر أن تحدّ على ميت فوق ثلاث إلا على زوج أربعة أشهر وعشرًا»[1] . متفق عليه .

فإن قيل : ألا حملتم الآية على المدخول بها كما قلتم في قوله تعالى : ﴿والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء﴾ [البقرة :٢٢٨]؟ .

قلنا : إنما خصصنا هذه بقوله تعالى : ﴿يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها﴾ [الأحزاب :٤٩] و لم يرد تخصيص عدة الوفاة ولا أمكن قياسها على المطلقة في التخصيص لوجهين :

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٥٠٣٠) ٥: ٢٠٤٤ كتاب الطلاق، باب ﴿والذين يتوفون منكم ويذرون أزوجاً يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر﴾.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٤٩٠) ١: ١١٢٦ كتاب الطلاق، باب وجوب الإحداد في عدة الوفاة...، جميعا من حديث أم حبيبة رضي ا لله عنها.

أحدهما : أن النكاح عقد عمْر فإذا مـات انتهـى والشيء إذا انتهـى تقـررت حكامه كتقرر أحكام الصيام بدخول الليل وأحكام الإجارة بانقضائها والعدة مـن حكامه .

والثاني : أن المطلقة إذا أتت بولد يمكن الـزوج تكذيبها ونفيه باللعان وهـذا ممتنع في حق الميت فلا يؤمن أن تـأتي بولـد فيلحق الميت نسبه وماله من ينفيه فاحتطنا بإيجاب العدة عليها لحفظها عن التصرف والمبيت في غير منزلها حفظاً لها .

إذا ثبت هذا فإنه لا يعتبر وجـود الحيض في عـدة الوفـاة في قـول عامة أهـل العلم ؛ لأنه لو اعتبر الحيض في حقها لاعتبر ثلاثة قروء .

وأما الأمة المتوفى عنها زوجها[1] فعدتها شـهران وخمسة أيام في قـول عامـة أهل العلم ولا نعلم فيه خلافاً إلا أن ابن سيرين قال : ما أرى عدة الأمـة إلا كعـدة الحرة إلا أن يكون قد مضت في ذلك سنة فإن السـنة أحق أن تتبع وأخـذ بظـاهر النص وعمومه . والحجة لنا عليه اتفاق الصحابة علـى أن عـدة الأمـة المطلقـة علـى النصف من عدة الحرة فكذلك عدة الوفاة .

مسألة : (**ولو طلقهـا أو مـات عنهـا وهـي حـاملٌ منه لم تنقـض عدتهـا إلا بوضع الحمل ، أمة كانت أو حرة**) .

أجمع أهل العلم على أن المطلقة الحامل تنقضي عدتها بوضـع حملهـا وكذلـك كل مفارقة في الحياة وأجمعوا أيضاً على أن المتوفى عنها زوجهـا إذا كـانت حـاملاً أجلها وضع حملها إلا ابن عباس وروي عن علي من وجه منقطع أنها تعتد بـأقصى الأجلين ، وقاله أبو السنابل بن بعكك في حياة النبي ﷺ فرد عليه النبي عليه السـلام قوله ، وروي عن ابن عباس أنه رجع إلى قول الجماعة لما بلغه حديث سبيعة وكـره الحسن والشعبي أن تنكح في دمها وأبى سائر أهل العلم وقـالوا : لـو وضعـت بعـد ساعة من وفاة زوجها حل لها أن تتزوج ولكن لا يطأها زوجهـا حتى تطهر مـن

(١) زيادة من المغني ٩: ١٠٧.

نفاسها وتغتسل وذلك لقول الله تعالى : ﴿وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن﴾ [الطلاق : ٤] .

وروي عن أبي بن كعب قال : « قلت للنبي ﷺ : ﴿وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن﴾ [الطلاق : ٤] للمطلقة ثلاثاً أو للمتوفى عنها ؟ قال : هي للمطلقة ثلاثاً وللمتوفى عنها »(١) .

وقال ابن مسعود : « من شاء باهلته أو لاعنته أن الآية التي في سورة النساء القصرى : ﴿وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن﴾ [الطلاق : ٤] نزلت بعد التي في سورة البقرة : ﴿والذين يُتوفون منكم ويذرون أزواجًا﴾ [البقرة : ٢٣٤] »(٢) . يعني أن هذه الآية هي الأخيرة فتقدم على ما خالفها من عموم الآية المتقدمة ويخص بها عمومها .

روى عبدالله بن الأرقم « أن سبيعة الأسلمية أخبرته أنها كانت تحت سعد بن خولة وتوفي عنها في حجة الوداع وهي حامل فلم تَنْشَبْ أن وضعت حملها بعد وفاته فلما تعلّت من نفاسها تجمّلت للخُطّاب فدخل عليها أبو السنابل بن بَعْكَك فقال : ما لي أراكِ مُتجمِّلَة لعلك ترجين النكاح ؟ إنك والله ما أنت بناكحٍ حتى تمر عليك أربعة أشهر وعشر . قالت سُبيعة : فلما قال لي ذلك جمعتُ عليَّ ثيابي حين أمسيت فأتيت رسول الله ﷺ فسألته عن ذلك فأفتاني بأني قد حللت حين وضعت حملي فأمرني بالتزوج إن بدا لي »(٣) متفق عليه .

قال ابن عبدالبر : هذا حديث صحيح قد جاء من وجوه شتى كلها ثابتة .

ولأنها معتدة حامل فتنقضي عدتها بوضعه كالمطلقة ، يحققه أن العدة إنما شرعت لمعرفة براءتها من الحمل ووضعه أدل الأشياء على براءته منه فوجب أن تنقضي به العدة .

(١) أخرجه أحمد في مسنده (٢٠٦٠٥) طبعة إحياء التراث.

(٢) انظر أثر ابن مسعود في تفسير القرطبي ٣: ١٧٥.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه (٣٧٧٠) ٤: ١٤٦٦ كتاب المغازي ، باب فضل من شهد بدراً.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٤٨٤) ٢: ١١٢٢ كتاب الطلاق، باب انقضاء عدة المتوفى عنها زوجها.

ولأنه لا خلاف في بقاء العدة ببقاء الحمل فوجب أن تنقضي به كما في حق المطلقة .

مسألة : (**والحمل الذي تنقضي به العدة ما يتبين فيه شيء من خلق الإنسان**) .

أما إذا ألقت المرأة بعد فرقة زوجها شيئاً لم يخل من خمسة أحوال :

أحدها : أن تضع ما بان فيه خلق الآدمي من الرأس واليد والرجل فهذا تنقضي به العدة بلا خلاف بينهم .

قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن عدة المرأة تنقضي بالسقط إذا علم أنه ولد ؛ لأنه إذا أبان فيه شيء من خلق الآدمي علم أنه حمل فيدخل في عموم قوله : ﴿وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن﴾ [الطلاق : ٤] .

الحال الثاني : ألقت نطفة أو دماً لا تدري هل هو ما يخلق منه الآدمي أو لا فهذا لا يتعلق به شيء من الأحكام ؛ لأنه لم يثبت أنه ولد لا بالمشاهدة ولا بالبينة .

الحال الثالث : ألقت مضغة لم تبن فيها الخلقة فشهد ثقات من القوابل أن فيه صورة خفية[1] بان بها أنها خلقة آدمي فهذا في حكم الحال الأول ؛ لأنه قد تبين بشهادة أهل المعرفة أنه ولد .

الحال الرابع : إذا ألقت مضغة لا صورة فيها فشهد ثقات من القوابل أنه مبتدأ خلق آدمي فاختلف عن أحمد فنقل أبو طالب أن عدتها لا تنقضي به ولا تصير به أم ولد ؛ لأنه لم يبن فيه خلق آدمي فأشبه الدم وهو اختيار أبي بكر .

ونقل الأثرم عن أحمد أن عدتها لا تنقضي به ولكن تصير أم ولد ؛ لأنه مشكوك في كونه ولداً فلم يحكم بانقضاء العدة المتيقنة بأمر مشكوك فيه و لم يجز بيع الأمة الوالدة له مع الشك في رقها فثبت كونها أم ولد احتياطاً ولا تنقضي العدة احتياطاً ، ونقل حنبل أنها تصير أم ولد و لم يذكر العدة فقال بعض أصحابنا :

(١) في الأصل: حقيقة. وما أثبتناه من المغني ٩: ١١٤.

على هذا تنقضي به العدة وهو قول الحسن وظاهر مذهب الشافعي ؛ لأنهم شهدوا بأنه خلقة آدمي أشبه ما لو تصور ، والصحيح أن هذا ليس برواية في العدة ؛ لأنه لم يذكرها و لم يتعرض لها .

الحال الخامس : أن تضع مضغة لا صورة فيها و لم تشهد القوابل بأنها مبدأ خلق آدمي فهذا لا تنقضي به عدة ولا تصير به أم ولد ؛ لأنه لم يثبت كونه ولداً ببينة ولا مشاهدة فأشبه العلقة ولا تنقضي العدة بوضع ما دون المضغة بحال سواء كان نطفة أو علقة وسواء قيل أنه مبدأ خلق آدمي أو لم يقل نص عليه أحمد فقال : أما إذا كان علقة فليس بشيء إنما هي دم لا تنقضي به عدة ولا يعتق بها أمة ولا تعلم مخالفاً في هذا إلا الحسن فإنه قال : إذا علم أنها حمل انقضت العدة .

والأول أصح وعليه الجمهور ، وأقل ما تنقضي به العدة من الحمل أن تضعه بعد ثمانين يوماً منذ أمكنه وطؤها ؛ لأن النبي ﷺ قال : « إن خلق أحدكم ليجمع في بطن أمه فيكون نطفة أربعين يومًا . ثم يكون علقة مثل ذلك . ثم يكون مضغة مثل ذلك »[1] .

ولا تنقضي العدة بما دون المضغة فوجب أن يكون بعد الثمانين وأما بعد الأربعة أشهر فليس فيه إشكال ؛ لأنه منكس في الخلق الرابع .

فصل

وأقل مدة الحمل ستة أشهر ؛ لما روى الأثرم بإسناده عن أبي الأسود « أنه رُفع إلى عمر أن امرأة ولدت لستة أشهر . فهمّ عمر برجمها . فقال له علي : ليس لك ذلك . قال الله تعالى : ﴿والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين﴾ [البقرة :٢٣٣] ، وقال : ﴿وحمله وفصاله ثلاثون شهرًا﴾ [الأحقاف : ١٥] . فحولان وستة أشهر ثلاثون شهرًا . لا رجم عليها فخلى عمر سبيلها »[2] .

وهذا قول أبي حنيفة ومالك والشافعي .

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٣٠٣٦) ٣: ١١٨١ كتاب بدء الخلق، باب ذكر الملائكة.
وأخرجه مسلم في صحيحه (٢٦٤٣) ٤: ٢٠٣٦ كتاب القدر، باب كيفية الخلق الآدمي في بطن أمه.

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٧: ٤٤٢ كتاب العدد، باب ما جاء في أقل الحمل.

مسألة : (**ولو طلقها أو مات عنها فلم تنكح حتى أتت بولد بعد طلاقه أو موته بأربع سنين لحقه الولد وانقضت عدتها به**) .

ظاهر المذهب أن أقصى مدة الحمل أربع سنين وبه قال الشافعي وهو المشهور عن مالك .

وعن أحمد أن أقصى مدته سنتان . روي ذلك عن عائشة ، وبه قال أبو حنيفة ؛ لما روي عن عائشة أنها قالت : « لا تزيد المرأة على السنتين في الحمل »[1] .

ولأن التقدير إنما يعلم بتوقيف أو اتفاق ولا توقيف هاهنا ولا اتفاق وإنما هو على ما ذكرنا وقد وجد ذلك فإن الضحاك بن مزاحم وهرم بن حيان حملت أم كل واحد منهما به سنتين . والمذهب الأول ؛ لأن ما لا نص فيه يرجع فيه إلى الوجود وقد وجد الحمل أربع سنين فروى الوليد بن مسلم قال : قلت لمالك بن أنس حديث عائشة : « لا تزيد المرأة على السنتين في الحمل » قال مالك : سبحان الله من يقول هذا ؟ هذه جارتنا امرأة محمد بن عجلان تحمل أربع سنين قبل أن تلد .

وقال الشافعي : بقي محمد بن عجلان في بطن أمه أربع سنين .

وقال أحمد : نساء بني عجلان يحملن أربع سنين ، وامرأة عجلان حملت ثلاث بطون كل دفعة أربع سنين ، وبقي محمد بن عبدالله بن الحسن بن الحسن بن علي في بطن أمه أربع سنين . وهكذا إبراهيم بن نجيح العقيلي حكى ذلك أبو الخطاب .

وإذا تقرر وجوده وجب أن يحكم به ولا يزاد عليه ؛ لأنه ما وجد .

ولأن عمر ضرب لامرأة المفقود أربع سنين ولم يكن ذلك إلا لأنه غاية الحمل ، وروي ذلك عن عثمان وعلي وغيرهما .

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٧: ٤٤٣ الموضع السابق.
وأخرجه سعيد بن منصور في سننه (٢٠٧٧) ٢: ٦٧ كتاب الطلاق ، باب المرأة تلد لستة أشهر.

إذا ثبت هذا فإن المرأة إذا ولدت لأربع سنين فما دون من يوم موت الزوج أو طلاقه ولم يكن تزوجت ولا وطئت ولا انقضت عدتها بالقرء ولا بوضع الحمل فإن الولد لاحق بالزوج وعدتها منقضية به .

مسألة : (**ولو طلقها أو مات عنها فلم تنقض عدتها حتى تزوجت من أصابها ، فُرِّق بينهما وبنت على ما مضى من عدة الأول ، ثم استقبلت العدة من الثاني**) .

أما المعتدة فلا يجوز لها أن تتزوج في عدتها إجماعاً أي عدة كانت ؛ لقول الله تعالى : ﴿ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله﴾ [البقرة :٢٣٥] .

ولأن العدة إنما اعتبرت لمعرفة براءة الرحم ؛ لئلا يفضي إلى اختلاط المياه وامتزاج الأنساب . وإن تزوجت فالنكاح باطل ؛ لأنها ممنوعة من النكاح لحق الزوج الأول فكان نكاحاً باطلاً كما لو تزوجت وهي في نكاحه ويجب أن يفرق بينه وبينها فإن لم يدخل بها فالعدة بحالها ولا تنقطع بالعقد الثاني ؛ لأنه باطل لا تصير المرأة به فراشاً ولا تستحق عليه بالعقد شيء ويسقط سكناها ونفقتها عن الزوج الأول ؛ لأنها ناشز . وإن وطئها انقطعت العدة سواء علم التحريم أو جهله ؛ لأنه وطء بشبهة نكاح فتنقطع به العدة كما لو جهل .

إذا ثبت هذا فعليه فراقها فإن لم يفعل وجب التفريق بينهما فإن فارقها أو فرق بينهما وجب عليها أن تكمل عدة الأول ؛ لأن حقه أسبق وعدته وجبت عن وطء في نكاح صحيح فإذا أكملت عدة الأول وجب عليها أن تعتد من الثاني ولا تتداخل العدتان لأنهما من رجلين وهذا مذهب الشافعي .

والأصل في هذا ما روى مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار «أن طليحة كانت تحت رشيد الثقفي فطلقها ونكحها غيره في عدتها ، فضربها عمر بن الخطاب ، وضرب زوجها بمخْفَقَةٍ ، وفرق بينهما ثم قال : أيما امرأة نكحَتْ في عدتها فإن كان زوجها الذي تزوجها لم يدخل بها ، فُرِّق بينهما ، ثم اعتدت بقية عدتها من زوجها الأول ، وكان خاطباً من الخطاب ،

وإن كان دخل بها، فُرِّق بينهما، ثم اعتدت بقية عدتها من الأول، ثم اعتدت من الآخر، ولا ينكحها أبداً»[1].

وروى بإسناده عن علي «أنه قضى في التي تتزوج في عدتها أن يفرق بينهما ولها الصداق بما استحل من فرجها وتكمل ما أفسدت من عدة الأول وتعتد من الآخر»[2] وهذان قولا سيدين من الخلفاء لم يعرف لهما في الصحابة مخالف.

ولأنهما حقان مقصودان لآدميين فلم يتداخلا كالدينين واليمينين.

ولأنه حبس يستحقه الرجال على النساء فلم يجز أن تكون المرأة في حبس رجلين كحبس الزوجة[3].

مسألة: **(وله أن ينكحها بعد انقضاء العدتين)**.

يعني للزوج الثاني أن يتزوجها بعد انقضاء العدتين. وأما الزوج الأول فإن كان طلاقه ثلاثاً لم تحل له بهذا النكاح وإن وطئ فيه؛ لأنه نكاح باطل، وإن كان طلاقه دون الثلاث فله نكاحها أيضاً بعد العدتين، وإن كانت رجعية فله رجعتها في عدتها منه.

وعن أحمد رواية أخرى أنها تحرم على الزوج الثاني على التأبيد وهو قول مالك وقديم قولي الشافعي؛ لقول عمر: «لا ينكحها أبداً»[4].

ولأنه استعجل الحق قبل وقته فحرمه في وقته كالوارث إذا قتل مورثه.

ولأنه يفسد النسب فيوقع التحريم المؤبد كاللعان.

ويقوى عندي أن يحل للثاني نكاحها بعد قضاء عدة الأول ولا يمنع من نكاحها في عدتها منه وبهذا قال الشافعي في الجديد؛ لأنه وطء يلحق به النسب فلا يمنع من نكاحها في عدتها منه كالوطء في النكاح.

---

(١) أخرجه مالك في الموطأ (٢٧) ٢: ٤٢٣ كتاب النكاح، باب جامع ما لا يجوز من النكاح.
وأخرجه الشافعي في مسنده (١٨٥) ٢: ٥٦ كتاب الطلاق، باب في العدة.

(٢) أخرجه الشافعي في مسنده (١٨٦) ٢: ٥٧ كتاب الطلاق، باب في العدة.
وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٧: ٤٤١ كتاب العدد، باب اجتماع العدتين.

(٣) في الأصل: الزوجية. وما أثبتناه من المغني ٩: ١٢٢.

(٤) سبق تخريجه ص: ١٥٦.

ولأن العدة إنما شرعت حفظاً للنسب وصيانة للماء والنسب لاحق بـه هاهنـا فأشبه ما لو خالعها ثم نكحها في عدتها وهذا حسن موافق للنظر .

ووجه قول الخرقي في إباحتها بعد العدتين أنه لا يخلو إما أن يكون تحريمها بالعقد أو بالوطء في النكاح الفاسد أو بهما وجميع ذلك لا يقتضي التحريم بدليل ما لو نكحها بلا ولي ووطئها .

ولأنه لو زنى بها لم تحرم عليه على التأبيد فهذا أولى .

ولأن آيات الإباحة عامة كقوله : ﴿وأحل لكم ما وراء ذلكم﴾ [النساء:٢٤] وقوله : ﴿والمحصنات من المؤمنات﴾ [المائدة:٥] فلا يجوز تخصيصها بغير دليل . وما روي عن عمر في تحريمها فقد خالفه علي فيه .

وروي عن عمر أنه رجع عن قوله في التحريم إلى قول علي فإن علياً قال : إذا انقضت عدتها فهو خاطب من الخطاب فقال عمر : ردوا الجهالات إلى السنة ، ورجع إلى قول علي وقياسهم يبطل بما إذا زنى بها فإنه قد استعجل وطئها ولا تحرم عليه على التأبيد .

ووجه تحريمها قبل قضاء عدة الثاني عليه قول الله : ﴿ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله﴾ [البقرة:٢٣٥] .

ولأنه وطء يفسد به النسب فلم يجز النكاح في العدة منه كوطء الأجنبي .

فصل

وكل معتدة من غير النكاح الصحيح كالزانية والموطوءة بشبهة أو في نكاح فاسد فقياس المذهب تحريم نكاحها على الواطئ وغيره ، والأولى عندي حل نكاحها لمن هي معتدة منه إن لحقه نسب ولدها ؛ لأن العدة لحفظ مائه وصيانة نسبه ولا يصان ماؤه المحترم عن مائه المحترم ولا يحفظ نسبه عنه ولذلك أبيح للمختلعة نكاح من خالعها ومن لا يلحقه نسب ولدها كالزانية لا يحل له نكاحها ؛ لأن نكاحها يفضي إلى اشتباه النسب فالواطئ كغيره في أن الولد لا يلحق نسبه بواحد منهما .

مسألة : (وإن أتت بولد يمكن أن يكون منهما أري القافة وألحق بمن ألحقوه منهما وانقضت عدتها منه واعتدت للآخر) .

أما إذا كانت حاملاً منه فإنها تنقضي عدتها بوضع حملها ؛ لقوله تعالى : ﴿وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن﴾ [الطلاق :٤] ثم ينظر فإن كان يمكن أن يكون من الأول دون الثاني وهو أن تأتي به لدون ستة أشهر من وطء الثاني وأربع سنين فما دونها من فراق الأول فإنه يلحق بالأول وتنقضي عدتها منه بوضعه ثم تعتد بثلاثة قروء عن الثاني ، وإن أمكن كونه من الثاني وحده دون الأول وهو أن تأتي به لستة أشهر فما زاد إلى أربع سنين منذ وطئها الثاني ولأكثر من أربع سنين منذ أبانها الأول فهو ملحق بالثاني فتنقضي به عدتها من الثاني ثم تتم عدة الأول وتقدم عدة الثاني هاهنا على عدة الأول ؛ لأنه لا يجوز أن يكون الحمل من إنسان والعدة من غيره . وإن أمكن أن يكون منهما وهو أن يأتي به لستة أشهر فصاعداً من وطء الثاني ولأربع سنين فما دونها من بينونتها من الأول أري القافة فإن ألحقته بالأول لحق به كما لو أمكن أن يكون منه دون الثاني وإن ألحقته بالثاني لحق به وكان الحكم كما لو أمكن كونه من الثاني دون الأول . وإن أشكل أمره على القافة أو لم يكن قافة لزمها أن تعتد بعد وضعه بثلاثة قروء؛ لأنه إن كان من الأول فقد أتت بما عليها من عدة الثاني وإن كان من الثاني فعليها أن تكمل عدة الأول ليسقط الفرض بيقين . وأما الولد فقال أبو بكر : يضيع نسبه ؛ لأنه لا دليل على نسبته إلى واحد منهما فأشبه ما لو كان مجنوناً لم ينتسب إلى واحد منهما .

وقال ابن حامد : يترك حتى يبلغ فينتسب إلى أحدهما . وإن ألحقته القافة بهما لحق بهما .

ومقتضى المذهب : أن تنقضي عدتها به منهما جميعاً ؛ لأن نسبه ثبت منهما كما تنقضي عدتها به من الواحد الذي ثبت نسبه منهما .

وإن نفته القافة عنهما فحكمه حكم ما لو أشكل أمره وتعتد بعد وضعه بثلاثة قروء ولا ينتفي عنهما بقول القافة ؛ لأن عمل القافة في ترجيح أحد صاحبي

الفراش لا في النفي عن الفراش كله ولهذا لو كان صاحب الفراش واحداً فنفته القافة عنه لم ينتف عنه بقولها .

وإما إن ولدت لدون ستة أشهر من وطء الثاني ولأكثر من أربع سنين من فراق الأول لم يلحق بواحد منهما ولا تنقضي به عدتها منه ؛ لأننا نعلم أنه من وطء آخر فتنقضي به عدتها من ذلك الوطء ثم تتم عدة الأول وتستأنف عدة الثاني ؛ لأنه قد وجد ما يقتضي عدة ثالثة وهو الوطء الذي حملت منه فتجب عليها عدتان وإتمام العدة الأولى .

فصل

وإذا تزوج معتدة وهما عالمان بالعدة وبتحريم النكاح فيها ووطئها فهما زانيان عليهما حد الزنا ولا مهر لها ولا يلحقه[1] النسب . وإن كانا جاهلين بالعدة أو بالتحريم ثبت النسب وانتفى الحد ووجب المهر . وإن علم هو دونها فعليه الحد والمهر ولا نسب له . وإن علمت هي دونه فعليها الحد ولا مهر لها والنسب لاحق به . وإنما كان كذلك ؛ لأن هذا نكاح متفق على بطلانه فأشبه نكاح ذوات محارمه .

فصل

وإذا خالع الرجل زوجته أو فسخ نكاحه فله أن يتزوجها في عدتها في قول جمهور العلماء وبه قال أبو حنيفة ومالك والشافعي وشذ بعض المتأخرين فقال : لا يحل له نكاحها ولا خطبتها ؛ لأنها معتدة .

وحجتنا أن العدة لحفظ نسبه وصيانة مائه ولا يصان ماؤه عن مائه إذا كانا من نكاح صحيح فإذا تزوجها انقطعت العدة ؛ لأن المرأة تصير فراشاً له بعقده ولا يجوز أن تكون زوجته معتدة فإن وطئها ثم طلقها لزمها عدة مستأنفة ولا شيء

(١) في الأصل: يلحقها. وما أثبتناه من المغني ٩: ١٢٦.

عليها من الأولى ؛ لأنها قد انقطعت وارتفعت وإن طلقها قبل أن يمسها فهل تستأنف العدة أو تبني على ما مضى؟ قال القاضي : فيه روايتان :

إحداهما : تستأنف وهو قول أبي حنيفة ؛ لأنه طلاق لا يخلو من عدة فأوجب عدة مستأنفة كالأول .

والثانية : لا يلزمها استئناف عدة وهو قول الشافعي ومحمد بن الحسن ؛ لأنه طلاق في نكاح قبل المسيس فلم يوجب عدة لعموم قوله تعالى : ﴿ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها﴾ [الأحزاب :٤٩] .

وذكر القاضي في كتاب الروايتين أنه لا يلزمها استئناف العدة رواية واحدة لكن يلزمها إتمام بقية العدة الأولى ؛ لأن إسقاطها يفضي إلى اختلاط المياه ؛ لأنه يتزوج امرأة ويطؤها ويخلعها ثم يتزوجها ويطلقها في الحال ويتزوجها الثاني في يوم واحد ، فإن خالعها حاملاً ثم تزوجها حاملاً ثم طلقها وهي حامل انقضت عدتها بوضع الحمل على كلتا الروايتين ولا نعلم فيه مخالفاً ولا تنقضي عدتها قبل وضع حملها بغير خلاف نعلمه ، وإن وضعت حملها قبل النكاح الثاني فلا عدة عليها للطلاق من النكاح الثاني بغير خلاف أيضاً ؛ لأنه نكحها بعد قضاء عدة الأول ، وإن وضعته بعد النكاح الثاني وقبل طلاقه فمن قال يلزمها استئناف عدة أوجب عليها الاعتداد بعد طلاق الثاني بثلاثة قروء ومن قال لا يلزمها استئناف عدة لم يوجب عليها هاهنا عدة ؛ لأن العدة الأولى انقضت بوضع الحمل إذ لا يجوز أن تعتد الحامل بغير وضعه ، وإن كانت من ذوات القروء أو الشهور فنكحها الثاني بعد مضي قرء أو شهر ثم مضى قرآن أو شهران قبل طلاقه من النكاح الثاني فقد انقطعت العدة بالنكاح الثاني فإن قلنا تستأنف العدة فعليها عدة تامة بثلاثة قروء أو ثلاثة أشهر وإن قلنا تبني أتمت العدة الأولى بقرأين أو شهرين .

مسألة : **(وأم الولد إذا مات سيدها فلا تنكح حتى تحيض حيضة كاملة)** .

هذا المشهور عن أحمد ، وهو قول ابن عمر . وروي عن عثمان وعائشة ، وبه قال مالك والشافعي . وعن أحمد أنها تعتد عدة الوفاة أربعة أشهر وعشراً ، وبه قال سعيد بن المسيب وابن سيرين وسعيد بن جبير ومجاهد وإسحاق ؛ لما روى

عمرو بن العاص أنه قال : « لا تفسدوا علينا سنة نبينا ﷺ ، عدة أم الولد إذا توفي عنها سيدها أربعة أشهر وعشر »[1] رواه أبو داود .

ولأنها حرة تعتد للوفاة فكانت عدتها أربعة أشهر وعشراً كالزوجة الحرة ، وحكى أبو الخطاب رواية ثالثة أنها تعتد شهرين وخمسة أيام . قال صاحب المغني : ولم أجد هذه الرواية عن أحمد في الجامع ولا أظنها صحيحة عن أحمد ، وروي ذلك عن عطاء وطاووس وقتادة ؛ لأنها حين الموت أمة فكانت عدتها عدة الأمة كما لو مات رجل عن زوجته الأمة فعتقت بعد موته .

ووجه قول الخرقي وهو أصح أنه استبراء لزوال الملك عن الرقبة فكان بحيضة في حق من تحيض كسائر استبراء المعتقات والمملوكات .

ولأنه استبراء لغير الزوجات والموطوءات لشبهة فأشبه ما ذكرنا .

قال القاسم بن محمد : سبحان الله يقول الله في كتابه : ﴿والذين يُتوفون منكم ويذرون أزواجًا﴾ [البقرة :٢٣٤] ما هن بأزواج .

وأما حديث عمرو بن العاص فضعيف . قال ابن المنذر : ضعف أحمد وأبو عبيد حديث عمرو بن العاص .

وقال محمد بن موسى : سألت أبا عبدالله عن حديث عمرو بن العاص فقال : لا يصح . وقال الميموني : رأيت أبا عبدالله يعجب من حديث عمرو بن العاص هذا وقال : أين سنة النبي ﷺ في هذا وقال : أربعة أشهر وعشر إنما هي في عدة الحرة من النكاح وإنما هذه أمة خرجت من الرق إلى الحرية فيلزم من قال بهذا أن يورثوها .

مسألة : **(وإن كانت آيسة فبثلاثة أشهر)** .

هذا هو المشهور عن أحمد وهو قول الحسن وأحد قولي الشافعي . وسأل عمر بن عبدالعزيز أهل المدينة والقوابل فقالوا : لا تستبرأ الحبلى في أقل من ثلاثة

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٢٣٠٨) ٢: ٢٩٤ كتاب الطلاق ، باب في عدة أم الولد.

أشهر فأعجبه قولهم . وعن أحمد أنها تستبرأ بشهر وهو قول ثان للشافعي ؛ لأن الشهر قائم مقام القرء في حق الحرة والأمة المطلقة فكذلك في الاستبراء .

وذكر القاضي رواية ثالثة أنها تستبرأ بشهرين كعدة الأمة المطلقة و لم أر له وجهاً ولو كان استبراؤها بشهرين لكان استبراء ذات القرء بقرأين و لم نعلم به قائلاً .

وقال سعيد بن المسيب وعطاء والضحاك والحكم في الأمة التي لا تحيض : تستبرأ بشهر ونصف . ورواه حنبل عن أحمد فإنه قال : قال عطاء : إن كانت لا تحيض فخمس وأربعون ليلة . قال عمي : كذلك أذهب ؛ لأن عدة الأمة المطلقة كذلك والمشهور عن أحمد الأول .

قال أحمد بن القاسم : قلت لأبي عبدا لله : كيف جعلت ثلاثة أشهر مكان حيضة وإنما جعل ا لله في القرآن مكان كل حيضة شهراً؟ فقال : إنما قلنا ثلاثة أشهر من أجل الحمل فإنه لا يتبين في أقل من ذلك فإن عمر بن عبدالعزيز سأل عن ذلك وجمع أهل العلم والقوابل فأخبروا أن الحمل لا يتبين في أقل من ثلاثة أشهر فأعجبه ذلك ثم قال : ألا تسمع قول ابن مسعود : إن النطفة أربعين يوماً ثم علقة أربعين يوماً ثم مضغة بعد ذلك .

قال أبو عبدا لله : فإذا خرجت الثمانون صار بعدها مضغة وهي لحم فيبين حينئذ وقال لي : هذا معروف عند النساء[1] وأما شهر فلا معنى فيه ولا نعلم به قائلاً .

ووجه استبرائها بشهر أن ا لله جعل الشهر مكان الحيضة ولذلك اختلفت الشهور باختلاف الحيضات فكانت عدة الحرة الآيسة ثلاثة أشهر مكان ثلاثة قروء ، وعدة الأمة شهرين مكان قرأين وللأمة المستبرأة التي ارتفع حيضها عشرة أشهر تسعة للحمل وشهر مكان الحيضة فيجب أن يكون مكان الحيضة هاهنا شهراً كما في حق من ارتفع حيضها .

(١) في الأصل : ا لله. وما أثبتناه من المغني ٩: ١٥٠.

فإن قيل : فقد وجد ثم ما دل على البراءة وهو تربص تسعة أشهر . قلنا : وهاهنا ما يدل على البراءة وهو الإياس فاستويا .

مسألة : (**وإن ارتفع حيضها لا تدري ما رفعه اعتدت بتسعة أشهر للحمل وشهر مكان الحيضة**) .

في هذه المسألة أيضاً روايتان :

إحداهما : أنها تستبرأ بعشرة أشهر .

والثانية : بسنة تسعة أشهر للحمل لأنها غالب مدته وثلاثة أشهر مكان الثلاثة التي تستبرأ بها الآيسات ، وقد ذكرنا الروايتين في الآيسة وذكرنا أن المختار عند أحمد استبراؤها بثلاثة أشهر وهاهنا جعل مكان الحيضة شهراً ؛ لأن اعتبار تكرارها في الآيسة ليعلم براءتها من الحمل وقد علم براءتها منه هاهنا بمضي غالب مدته فجعل الشهر مكان الحيضة على وفق القياس .

وإن علمت ما رفع الحيض لم تزل في الاستبراء حتى يعود الحيض فتستبرئ نفسها بحيضة إلا أن تصير آيسة فتستبرئ نفسها استبراء الآيسات ، وإن ارتابت بنفسها فهي كالحرة المستبرئة وقد ذكرنا حكمها فيما مضى من هذا الباب .

مسألة : (**وإن كانت حاملاً منه فحتى تضع**) .

وهذه لا خلاف فيها فإن الله قال : ﴿وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن﴾ [الطلاق :٤] وقال النبي ﷺ : « لا توطأ حامل حتى تضع »[1] .

ولأن عدة الحرة والأمة والمتوفى عنها والمطلقة واستبراء كل أمة إذا كانت حاملاً بوضع حملها وذلك لأن المقصود من العدة والاستبراء معرفة براءة الرحم من الحمل وهذا يحصل بوضعه ومتى كانت حاملاً باثنين أو أكثر فلا ينقضي استبراؤها حتى تضع آخر حملها على ما ذكرناه في المعتدة .

مسألة : (**وإن أعتق أم ولده أو أمة كان يصيبها لم تنكح حتى تحيض حيضة كاملة وكذلك إن أراد أن يزوجها وهي في ملكه استبرأها بحيضة ثم زوجها**) .

(١) سبق تخريجه ص: ١٤٠.

لا خلاف في المذهب أنها تستبرأ هاهنا بحيضة إن كانت ممن تحيض وهو قول الشافعي ؛ لأنها فراش لسيدها فلم يجز أن تنتقل إلى فراش غيره بغير استبراء كما لو مات عنها .

ولأن هذه موطوءة وطئاً له حرمة فلم يجز أن تزوج قبل الاستبراء كالموطوءة بشبهة وهذا لأنه إذا وطئها سيدها اليوم ثم زوجها فوطئها الزوج في آخر اليوم أفضى إلى اختلاط المياه وامتزاج الأنساب وهذا لا يحل .

وإن لم تكن ممن تحيض فاستبراؤها بما ذكرنا في أم الولد على ما شرطنا ومفهوم كلام الخرقي أنها إذا كانت أمة لا يطؤها سيدها لم يلزمها استبراء ؛ لأنها ليست فراشاً لسيدها فلم يلزمها الاستبراء كالمزوجة والمعتدة .

ولأن تركها للاستبراء لا يفضي إلى اختلاط المياه وامتزاج الأنساب بخلاف الموطوءة .

مسألة : **(ومن ملك أمة لم يُصبها ولم يُقبِّلها حتى يستبرئها بعد تمام ملكه لها بحيضة ، إن كانت ممن تحيض ، أو بوضع الحمل إن كانت حاملاً ، أو بمضي ثلاثة أشهر إن كانت من الآيسات أو من اللائي لم يحضن)** .

أما إذا ملك أمة بسبب من الأسباب المحددة للملك كالإرث والهبة والخلع والأجرة والبيع والغنيمة لم يحل له وطؤها حتى يستبرئها بكراً كانت أو ثيباً صغيرة كانت أو كبيرة ممن تحمل أو ممن لا تحمل وبهذا قال الحسن وابن سيرين وأكثر أهل العلم منهم أبو حنيفة وأصحابه ومالك والشافعي ؛ لما روى أبو سعيد «أن النبي ﷺ نهى عام أوطاس : أن تُوطَأ حامل حتى تَضَع ، ولا غير حامل حتى تحيض حيضة »[1] . رواه أحمد وأبو داود .

ولأنه ملك جارية محرمة عليه فلم تحل له قبل استبرائها كالثيب التي لم تحمل .

ولأنه سبب موجب للاستبراء فلم يفترق الحال فيه بين البكر والثيب والتي تحمل والتي لا تحمل كالعدة .

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٢١٥٧) ٢: ٢٤٨ كتاب النكاح، باب في وطء السبايا.
وأخرجه أحمد في مسنده (١١٢٠٢) طبعة إحياء التراث.

قال أحمد : قد بلغني أن العذراء تحمل فقال لـه بعض أهل المجلس : نعم قد كان في جيراننا . فأما الصغيرة التي لا يوطأ مثلها فظاهر كلام الخرقي تحريم قبلتها ومباشرتها لشهوة قبل استبرائها وهو ظاهر كلام أحمد في أكثر الروايات عنه قال : تستبرأ وإن كانت في المهد . وروي عنه أنه قال : إن كانت صغيرة بأي شيء تستبرأ إذا كانت رضيعة؟ وقال في رواية أخرى : تستبرأ بحيضة إن كانت تحيض وإلا بثلاثة أشهر ممن توطأ وتحبل فظاهر هذا أنه لا يجب استبراؤها ولا تحرم مباشرتها .

وهذا اختيار ابن أبي موسى وقول مالك وهو الصحيح ؛ لأن سبب الإباحة متحقق وليس على تحريمها دليل فإنه لا نص فيه ولا معنى نص ؛ لأن تحريم مباشرة الكبيرة إنما كان لكونه داعياً إلى الوطء المحرم أو خشية أن تكون أم ولد لغيره ولا يتوهم هذا في هذه فوجب العمل بمقتضى الإباحة . وأما من يمكن وطئها فلا تحل قبلتها والاستمتاع منها فيما دون الفرج قبل الاستبراء إلا المسبية على إحدى الروايتين ؛ لأنه استبراء يحرم الوطء فحرم الاستمتاع كالعدة .

ولأنه لا يأمن كونها حاملاً من بائعها فتكون أم ولد والبيع باطل ويكون مستمتعاً بأم ولد غيره . وأما المسبية فظاهر كلام الخرقي تحريم مباشرتها فيما دون الفرج لشهوة وهو الظاهر عن أحمد ؛ لأن كل استبراء حرم الوطء حرم دواعيه كالعدة .

ولأنه داعية إلى الوطء المحرم لأجل اختلاط المياه واشتباه الأنساب فأشبهت المعيبة .

وعن أحمد أنه لا يحرم ؛ لما روي عن ابن عمر أنه قال : « وقع في سهمي يوم جلولاء جارية كأنَّ عنقَها إبريق فضة ، فما ملكت نفسي أن قُمتُ إليها فقبّلتُها والناسُ ينظرون »[١] .

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (١٦٦٥٠) ٣: ٥٠٨ كتاب النكاح ، في الرجل يشتري الأمة يصيب منها شيئاً دون الفرج أم لا.

ولأنه لا نص في المسبية ولا يصح قياسها على المبيعة ؛ لأنها تحتمل أن تكون أم ولد للبائع فيكون مستمتعاً بأم ولد غيره ومباشراً لمملوكة غيره والمسبية مملوكة له على كل حال وإنما حرم وطؤها لئلا يسقي ماءه زرع غيره وقول الخرقي بعد تمام ملكه لها يعني أن الاستبراء لا يكون إلا بعد ملك المشتري لجميعها ولو ملك بعضها ثم ملك باقيها لم يحتسب الاستبراء إلا من حين ملك باقيها ، وإن ملكها ببيع فيه الخيار انبنى على نقل الملك في مدته فإن قلنا ينتقل فابتداء الاستبراء من حين البيع . وإن قلنا لا ينتقل فابتداؤه من حين انقطاع الخيار ، وإن كان المبيع معيباً فابتداؤه من حين البيع ؛ لأن العيب لا يمنع نقل الملك بغير خلاف ، وهل يبتدأ الاستبراء من حين البيع قبل القبض أو من حين القبض ؟ فيه وجهان :

أحدهما : من حين البيع ؛ لأن الملك ينتقل به .

والثاني : من حين القبض ؛ لأن القصد معرفة براءتها من ماء البائع ، ولا يحصل ذلك مع كونها في يده ، والاستبراء الواجب هاهنا في حق الحامل بوضعه بغير خلاف وفي ذات القرء بحيضة في قول أكثر أهل العلم . وقال سعيد بن المسيب وعطاء : بحيضتين وهو مخالف للحديث الذي رويناه وللمعنى فإن المقصود معرفة براءتها من الحمل وهو حاصل بحيضة وفي الآيسة والتي لم تحض والتي ارتفع حيضها بما ذكرنا في أم الولد على ما مضى من الخلاف فيه .

مسألة : **(وتجتنب الزوجة المتوفى عنها زوجها الطيب والزينة ، والبيتوتة في غير منزلها ، والكحل بالإثمد ، والنقاب) .**

هذا يسمى الإحداد ولا نعلم بين أهل العلم خلافاً في وجوبه على المتوفى عنها زوجها إلا عن الحسن فإنه قال : لا يجب الإحداد وهو قل شذ به عن أهل العلم وخالف به السنة فلا يعرج عليه ويستوي في وجوبه الحرة والأمة والمسلمة والذمية والكبيرة والصغيرة لعموم الأحاديث التي سنذكرها .

فصل

وتجتنب الحادة ما يدعو إلى جماعها ويرغب في النظر إليها ويحسنها وذلك أربعة أشياء :

الأول : الطيب ولا خلاف في تحريمه عند من أوجب الإحداد ؛ لقول النبي ﷺ : « لا تمس طيباً إلا عند أدنى طهرها من حيضها نُبذة من قُسط أو أظفار »[1] متفق عليه .

ولأن الطيب يحرك الشهوة ويدعو إلى المباشرة ولا يجوز لها استعمال الأدهان المطيبة كدهن الورد والبنفسج والياسمين والبان وما أشبهه ؛ لأنه استعمال للطيب ، وأما الادهان بغير الطيب كالزيت والشيرج والسمن فلا بأس به ؛ لأنه ليس بطيب .

الثاني : اجتناب الزينة وذلك واجب في قول عامة أهل العلم منهم ابن عمر وابن عباس وجماعة أهل العلم يكرهون ذلك وينهون عنه وهو ثلاثة أقسام :

أحدها : الزينة في نفسها فيحرم عليها أن تختضب وأن تحمر وجهها بالكلكون وأن تبيضه باسفيذاج العرائس وأن تجعل عليه صبراً يصفره وأن تنقش وجهها ويديها وأن تحف وجهها وما أشبهه مما يحسنها وأن تكتحل بالإثمد من غير ضرورة وذلك لما روت أم سلمة أن النبي ﷺ قال : «المتوفى عنها زوجها لا تلبس المعَصْفَر من الثياب ، ولا المُمَشَّق ، ولا الحلي ، ولا تختضب ، ولا تكتحل»[2] . رواه أحمد وأبو داود والنسائي .

وروت أم عطية أن رسول الله ﷺ قال : « لا تحد المرأة فوق ثلاثة أيام إلا على زوج فإنها تحد أربعة أشهر وعشراً ولا تلبس ثوباً مصبوغاً إلا ثوب عَصْب

---

(١) سيأتي تخريجه ص: ١٦٨.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٢٣٠٤) ٢: ٢٩٢ كتاب الطلاق، باب فيما تجتنبه المعتدة في عدتها.
وأخرجه النسائي في سننه (٣٥٣٥) ٦: ٢٠٣ كتاب الطلاق ، ما تجتنب الحادة من الثياب المصبغة.
وأخرجه أحمد في مسنده (٢٦٠٤١) طبعة إحياء التراث.

ولا تكتحل، ولا تمس طيباً إلا عند أدنى طهرها إذا طهرت من حيضها نُبذة من قُسطٍ أو أظفار[1] »[2] متفق عليه .

وروت أم سلمة قالت : « دخل عليّ رسول الله ﷺ حين توفي أبو سلمة وقد جعلت على عيني صبرًا . فقال : ماذا يا أم سلمة ؟ قلت : إنما هو صَبرٌ ليس فيه طيب . فقال : إنه يَشُبُّ الوجه . لا تجعليه إلا بالليل وتنزعيه بالنهار ، ولا تمتشطي بالطيب ولا بالحناء فإنه خضاب قالت : قلت : بأي شيء أمتشط؟ قال : بالسدر تُغلّفين به رأسك »[3] .

ولأن الكحل من أبلغ الزينة والزينة تدعو إليها وتحرك الشهوة فهي كالطيب وأبلغ منه ، وإن اضطرت الحادة إلى الكحل بالإثمد للتداوي فلها أن تكتحل ليلاً وتمسحه نهاراً وبه قال عطاء وأبو حنيفة وأصحابه ومالك .

وإنما تمنع من الكحل بالإثمد ؛ لأنه الذي تحصل به الزينة . وأما الكحل بالتوتيا والعنزروت ونحوهما فلا بأس به ؛ لأنه لا زينة فيه ، ولا تمنع من جعل الصبر على غير وجهها من بدنها ؛ لأنه إنما منع منه في الوجه ؛ لأنه يصفره فيشبه الخضاب ولهذا قال النبي ﷺ : « إنه يشبُّ الوجه » . ولا تمنع من التنظيف بتقليم الأظافر ونتف الإبط وحلق الشعر المندوب إلى حلقه ولا من الاغتسال بالسدر والامتشاط به ؛ لحديث أم سلمة .

ولأنه يراد للتنظيف لا للطيب .

القسم الثاني : زينة الثياب فتحرم عليها الثياب المصبوغة للتحسين كالمعصفر والمزعفر وسائر الأحمر وسائر الملون للتحسين كالأزرق الصافي والأخضر الصافي

---

(١) في الأصل: قسط أظفار. وما أثبتناه من الصحيح.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٥٠٢٨) ٥: ٢٠٤٣ كتاب الطلاق، باب تلبس الحادة ثياب العصب.
وأخرجه مسلم في صحيحه (٩٣٨) ٢: ١١٢٧ كتاب الطلاق، باب وجوب الإحداد في عدة الوفاة...

(٣) أخرجه أبو داود في سننه (٢٣٠٥) ٢: ٢٩٢ كتاب الطلاق، باب فيما تجتنبه المعتدة في عدتها.
وأخرجه النسائي في سننه (٣٥٣٧) ٦: ٢٠٤ كتاب الطلاق ، باب الرخصة للحادة أن تمتشط بالسدر.

والأصفر فلا يجوز لبسه ؛ لقول النبي ﷺ : « لا تلبس ثوباً مصبوغاً »[1] وقوله : « لا تلبس المعصفر من الثياب ولا الممشق »[2] .

* وأما ما لا يقصد بصبغه حسنه كالكحلي والأسود والأخضر المشبع فلا تمنع منه ؛ لأنه ليس بزينة وما صبغ غزله ثم نسج ففيه احتمالان :

أحدهما : يحرم لبسه ؛ لأنه أحسن وأرفع .

ولأنه مصبوغ للحسن فأشبه ما صبغ بعد نسجه .

الثاني : لا يحرم ؛ لقول النبي ﷺ في حديث أم سلمة : « إلا ثوب عصب »[3] وهو ما صبغ غزله قبل نسجه . ذكره القاضي .

ولأنه لم يصبغ وهو ثوب فأشبه ما كان حسناً من الثياب غير مصبوغ . والأول أصح .

وأما العصب فالصحيح أنه نبت تصبغ به الثياب .

قال صاحب الروض : الأنف الورس والعصب ينبتان باليمن لا ينبتان إلا به فأرخص النبي ﷺ للحادة في لبس ما صبغ بالعصب ؛ لأنه في معنى ما صبغ لغير التحسين . أما ما صبغ غزله للتحسين كالأحمر والأصفر فلا معنى لتجويز لبسه مع حصول الزينة بصبغه كحصولها بما صبغ بعد نسجه ولا تمنع من حسان الثياب غير المصبوغة وإن كان رقيقاً سواء كان من قطن أو كتان وإبريسم ؛ لأن حسنه من أصل خلقته فلا يلزم تغييره كما أن المرأة إذا كانت حسنة الخلقة لا يلزمها أن تغير لونها وتشوه نفسها .

القسم الثالث : الحلي فيحرم عليها لبس الحلي كله حتى الخاتم في قول عامة أهل العلم ؛ لقول النبي ﷺ : « ولا الحلي »[4] .

وقال عطاء : يباح حلي الفضة دون الذهب وليس بصحيح ؛ لأن النهي عام .

ولأن الحلي يزيد حسنها ويدعو إلى مباشرتها . قالت امرأة :

(١) سبق قريباً.
(٢) سبق قريباً.
(٣) سبق تخريجه ص: ١٦٨.
(٤) سبق تخريجه ص: ١٦٧.

وما الحلي إلا زينة لنقيصة   تتمم من حسن إذا الحسن قصرا

فصل

الثالث مما تجتنبه الحادة : النقاب وما في معناه كالبرقع ونحوه ؛ لأن المعتدة مشبهة بالمحرمة والمحرمة تمنع من ذلك وإذا احتاجت إلى ستر وجهها سدلت عليه كما تفعل المحرمة .

الرابع : المبيت في غير منزلها ، وممن أوجب على المتوفى عنها الاعتداد في منزلها عمر وعثمان ، وروي ذلك عن ابن عمر وابن مسعود وأم سلمة وبه قال أبو حنيفة ومالك والشافعي . قال ابن عبد البر : وبه يقول جماعة فقهاء الأمصار بالحجاز والشام والعراق ومصر ؛ لما روت فُرَيْعَة بنت مالك بن سنان أخت أبي سعيد « أنها جاءت إلى رسول الله ﷺ فأخبرته أن زوجها خرج في طلب أَعْبُدٍ له . فقتلوه بطرف القدوم . فأتاني نعيه وأنا في دار شاسعة من دور أهلي . فقلت : يا رسول الله! إن نعي زوجي أتاني في دار شاسعة من دور أهلي ، ولم يدع نفقة ولا مالاً ورثته ، وليس المسكن له فلو تحولت إلى أهلي وإخوتي لكان أرفق بي في بعض شأني . قال : تحولي . فلما خرجت إلى المسجد أو إلى الحجرة دعاني أو أمر بي فدعيت . فقال : امكثي في بيتك الذي أتاك فيه نعي زوجك حتى يبلغ الكتاب أجله ، فاعتددت فيه أربعة أشهر وعشرًا . قالت : فأرسل إليَّ عثمان فأخبرته فأخذ به »[1] . رواه الخمسة وصححه الترمذي .

ولم يذكر النسائي وابن ماجة إرسال عثمان .

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٢٣٠٠) ٢: ٢٩١ كتاب الطلاق، باب في المتوفى عنها تنتقل.
وأخرجه الترمذي في سننه (١٢٠٤) ٣: ٤٩٢ كتاب الطلاق واللعان، باب ما جاء أين تعتد المتوفى عنها زوجها.
وأخرجه النسائي في سننه (٣٥٣٢) ٦: ٢٠٠ كتاب الطلاق، عدة المتوفى عنها زوجها من يوم يأتيها الخبر.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٠٣١) ١: ٦٥٤ كتاب الطلاق، باب أين تعتد المتوفى عنها زوجها.
وأخرجه أحمد في مسنده (٢٧٤٠١) ٦: ٤٢١.

إذا ثبت هذا فإنه يجب الاعتداد في المنزل الذي مات زوجها وهي ساكنة به سواء كان مملوكاً لزوجها أو بإجارة أو عارية ؛ لأن النبي ﷺ قال لفريعة : «امكثي في بيتك»[1] ولم تكن في بيت يملكه زوجها .

وفي لفظ : «اعتدي في البيت الذي أتاك فيه نعي زوجك» ، وفي لفظ : «اعتدي حيث أتاك الخبر» فإن أتاها الخبر في غير مسكنها رجعت إلى مسكنها فاعتدت فيه ؛ لقوله عليه السلام : «امكثي في بيتك» وقوله : «حيث أتاك الخبر» قضية في عين والمراد به هذا وقضايا الأعيان لا عموم لها ثم لا يمكن حمله على العموم فإنه لا يلزمها الاعتداد في السوق والطريق والبرية إذا أتاها الخبر وهي فيها .

فصل

وللمعتدة الخروج في حوائجها نهاراً ، سواء كانت مطلقة أو متوفى عنها ؛ لما روى جابر قال : «طُلِّقت خالتي ثلاثاً فخرجت تجذُّ نخلها فلقيها رجل فنهاها فذكرت ذلك للنبي ﷺ فقال : اخرجي فجُذِّي نخلك لعلك أن تصدَّقي منه أو تفعلي خيراً»[2] رواه أبو داود والنسائي .

وروى مجاهد قال : «استشهد رجالٌ يوم أحد ، فجاء نساؤهم رسول الله ﷺ وقلن : يا رسول الله! نستوحِشُ بالليل أفنبيتُ عند إحدانا فإذا أصبحنا بادرنا إلى بيوتنا؟ فقال رسول الله ﷺ : تحدثن عند إحداكن ، حتى إذا أردتنَّ النوم فلتَؤُب كل واحدة إلى بيتها»[3] .

وليس لها المبيت في غير بيتها ولا الخروج ليلاً إلا لضرورة ؛ لأن الليل مظنة الفساد بخلاف النهار فإنه مظنة قضاء الحوائج والمعاش وشراء ما يحتاج إليه .

---

(١) سبق قريباً.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٢٢٩٧) ٢: ٢٨٩ كتاب الطلاق، باب في المبتوتة تخرج بالنهار.
وأخرجه النسائي في سننه (٣٥٥٠) ٦: ٢٠٩ كتاب الطلاق، باب خروج المتوفى عنها بالنهار.

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٧: ٤٣٦ كتاب العدد ، باب كيفية سكنى للمطلقة والمتوفى عنها .

وإن أوجب عليها حق لا يمكن استيفاؤه إلا بها كاليمين والحد وكانت ذات خدر بعث الحاكم إليها من يستوفي الحق منها في منزلها ، وإن كانت برزة جاز إحضارها لاستيفائه فإذا فرغت رجعت إلى منزلها .

مسألة : **(والمطلقة ثلاثاً تتوقى الطيب والزينة والكحل بالإثمد)** .

اختلفت الرواية عن أحمد في وجوب الإحداد على المطلقة البائن فعنه يجب عليها وهو قول سعيد بن المسيب وأبي حنيفة وأصحابه .

والثانية : لا يجب عليها وهو قول عطاء ومالك والشافعي ؛ لأن النبي ﷺ قال : «لا يحل لامرأة تؤمن با لله واليوم الآخر أن تحدّ على ميت فوق ثلاث إلا على زوج أربعة أشهر وعشرًا»[1] وهذه عدة الوفاة . فيدل على أن الإحداد إنما يجب في عدة الوفاة .

ولأنها معتدة من غير وفاة فلم يجب عليها الإحداد كالرجعية والموطوءة بشبهة .

ولأن الإحداد في عدة الوفاة لإظهار الأسف على فراق زوجها وموته . وأما الطلاق فإنه فارقها باختيار نفسه وقطع نكاحها فلا معنى لتكليفها الحزن عليه .

ولأن المتوفى عنها لو أتت بولد لحق الزوج وليس له من ينفيه فاحتيط عليها بالإحداد لئلا يلحق بالميت من ليس منه بخلاف المطلقة فإن زوجها باق[2] فهو يحتاط عليها بنفسه وينفي ولدها إذا كان من غيره .

ووجه الأولى : أنها معتدة بائن من نكاح فلزمها الإحداد كالمتوفى عنها زوجها ، وذلك لأن العدة تحرم النكاح فحرمت دواعيه ، ويخرج على هذا الرجعية فإنها زوجة والموطوءة بشبهة ليست معتدة من نكاح فلم تكمل الحرمة . وأما الحديث فإنما مدلوله تحريم الإحداد على ميت غير الزوج ونحن نقول به ولهذا جاز الإحداد هاهنا بالإجماع فإذا قلنا يلزمها الإحداد لزمها شيئان توقي الطيب والزينة

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٥٠٣٠) ٥: ٢٠٤٤ كتاب الطلاق، باب ﴿والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر﴾.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٤٩٠) ١: ١١٢٦ كتاب الطلاق، باب وجوب الإحداد في عدة الوفاة...

(٢) زيادة من المغني ٩: ١٧٨.

في نفسها على ما قدمنا فيهما ، ولا تمنع من النقاب ولا من الاعتداد في غير منزلها . ولذلك أمر النبي ﷺ فاطمة بنت قيس أن تعتد في بيت ابن أم مكتوم[1] .

مسألة : (**وإذا خرجت للحج فتوفي زوجها وهي بالقرب رجعت لتقضي[2] العدة وإن كانت قد تباعدت مضت في سفرها فإن رجعت وقد بقي عليها شيء من عدتها أتت به في منزله**) .

أما المعتدة من الوفاة فليس لها أن تخرج إلى الحج ولا غيره روي هذا عن عمر وعثمان وبه قال أبو حنيفة ومالك والشافعي . وإن خرجت فمات زوجها في الطريق رجعت إن كانت دون مسافة قصر ؛ لأنها في حكم الإقامة . وإن تباعدت مضت في سفرها ؛ لأن رجوعها يضر بها وعليها مشقة ولا بد لها من سفر ، وإن رجعت وقد بقي عليها شيء من عدتها لزمها أن تأتي به في منزل زوجها من غير خلاف بين أهل العلم ؛ لأنه أمكنها الاعتداد فيه من غير ضرر فلزمها كما لو لم تسافر منه .

مسألة : (**وإذا طلقها زوجها أو مات عنها وهو ناء عنها فعدتها من يوم مات أو طلق إذا صح ذلك عندها وإن لم تجتنب ما تجتنبه المعتدة**) .

هذا المشهور عن أحمد ، وأنه متى مات زوجها أو طلقها فعدتها من يوم موته أو طلاقه . قال أبو بكر : لا خلاف عن أبي عبدالله أعلمه أن العدة تجب من حين الموت والطلاق إلا ما رواه إسحاق بن إبراهيم وهذا قول ابن عمر وابن عباس وابن مسعود وبه قال أبو حنيفة وأصحابه ومالك والشافعي . وعن أحمد إن قامت بذلك بينة فكما ذكرنا وإلا فعدتها من يوم يأتيها الخبر .

وروي ذلك عن سعيد بن المسيب وعمر بن عبدالعزيز ؛ لأن العدة اجتناب أشياء وما اجتنبتها .

ووجه الأول وهو أصح : أنها لو كانت حاملاً فوضعت حملها غير عالمة بفرقة زوجها لانقضت عدتها فكذلك سائر أنواع العدد .

---

(١) سبق تخريجه ص: ١٣٦.

(٢) في الأصل: لتقتضي ، وما أثبتناه من المغني ٩: ١٨٣.

ولأنه زمان عقيب الموت أو الطلاق فوجب أن تعتد به كما لو كان حاضراً.

ولأن القصد غير معتبر بدليل أن الصغيرة والمجنونة تنقضي عدتهما من غير قصد ولم يعدم هاهنا إلا القصد وسواء في هذا اجتنبت ما تجتنبه المعتدات أو لم تجتنبه فإن الإحداد الواجب ليس بشرط في العدة فلو تركته قصداً أو عن غير قصد لانقضت عدتها فإن الله تعالى قال: ﴿يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء﴾ [البقرة: ٢٢٨] وقال: ﴿فعدتهن ثلاثة أشهر﴾ [الطلاق: ٤] وقال: ﴿وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن﴾ [الطلاق: ٤] وفي اشتراط الإحداد مخالفة هذه النصوص فوجب أن لا تشترط. والله أعلم.

كتاب الرضاع

الأصل في التحريم بالرضاع الكتاب والسنة والإجماع .

أما الكتاب ؛ فقول الله تعالى : ﴿وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة﴾ [النساء:٢٣] . ذكرهما الله تعالى في جملة المحرمات .

وأما السنة ؛ فما روت عائشة أن النبي ﷺ قال : « إن الرضاعة تحرم ما تحرم الولادة »[١] . متفق عليه .

وفي لفظ : « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب »[٢] . رواه النسائي ، ورواه أحمد والترمذي من حديث علي . وفيه أخبار كثيرة نذكر أكثرها إن شاء الله تعالى في تضاعيف الباب .

وأجمع علماء الأمة على التحريم بالرضاع .

إذا ثبت هذا فإن تحريم الأم والأخت ثبت بنص الكتاب وتحريم البنت ثبت بالتنبيه فإنه إذا حرمت الأخت فالبنت أولى وسائر المحرمات ثبت تحريمهن بالسنة وثبتت المحرمية لأنها فرع على التحريم إذا كان بسبب مباح . وأما بقية أحكام النسب من النفقة والعتق ورد الشهادة وغير ذلك فلا تتعلق به ؛ لأن النسب أقوى منه فلا يقاس عليه في جميع أحكامه وإنما يشبه به فيما نص عليه فيه .

مسألة : قال أبو القاسم رحمه الله : **(والرضاع الذي لا يشك في تحريمه أن يكون خمس رضعات فصاعداً)** .

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٥٠٣) ٢ : ٩٣٦ كتاب الشهادات ، باب الشهادة على الأنساب والرضاع المستفيض والموت القديم.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٤٤٤) ٢ : ١٠٦٨ كتاب الرضاع ، باب يحرم من الرضاعة ما يحرم من الولادة.

(٢) أخرجه الترمذي في جامعه (١١٤٦) ٣: ٤٥٢ كتاب الرضاع، باب ما جاء يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب.
وأخرجه النسائي في سننه (٣٣٠٢) ٦ : ٩٩ كتاب النكاح ، ما يحرم من الرضاع.
وأخرجه أحمد في مسنده (١٠٩٦) ١: ١٣١.

في هذه المسألة حكمان :

أحدهما : أن الذي يتعلق به التحريم خمس رضعات فصاعداً هذا هو المشهور من المذهب ، وروي هذا عن عائشة وابن مسعود وابن الزبير وبه قال الشافعي .

وعن أحمد أن قليل الرضاع وكثيره يحرم . وروي هذا عن علي وابن عباس وبه قال الليث بن سعد وأبو حنيفة وأصحابه ومالك وزعم الليث أن المسلمين أجمعوا على أن قليل الرضاع وكثيره يحرم في المهد ما يفطر به الصائم واحتجوا بقول الله تعالى : ﴿وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة﴾ [النساء:٢٣] ، وقوله عليه السلام : « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب »[١] .

ولأنه فعل يتعلق به تحريم مؤبد فلم يعتبر فيه العدد كتحريم أمهات النساء ولا يلزم اللعان ؛ لأنه قول .

وعن أحمد لا يثبت التحريم إلا بثلاث رضعات وبه قال أبو عبيد وداود وابن المنذر ؛ لقول النبي ﷺ : « لا تحرم المصة ولا المصتان »[٢] .

وعن أم الفضل بنت الحارث قالت : « دخل أعرابي على نبي الله ﷺ وهو في بيتي فقال : يا نبي الله إني كانت لي امرأة فتزوجت عليها أخرى فزعمت امرأتي الأولى أنها أرضعت امرأتي الحُدْثَى رضعة أو رضعتين فقال النبي ﷺ : لا تحرم الإملاجة والإملاجتان »[٣] رواهما أحمد ومسلم .

ولأن ما يعتبر فيه العدد والتكرار يعتبر فيه الثلاث .

ووجه الأولى ما روت عائشة قالت : « كان فيما نزل من القرآن عشر رضعات معلومات يحرِّمن . ثم نسخن بخمس معلومات ، فتوفي رسول الله ﷺ وهي فيما يقرأ من القرآن »[٤] . رواه مسلم وأبو داود والنسائي .

---

(١) سبق قريباً.

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه (١٤٥٠) ٢: ١٠٧٣ كتاب الرضاع ، باب في المصة والمصتان.
وأخرجه أحمد في مسنده (٢٣٥٠٦) طبعة إحياء التراث.

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه (١٤٥١) ٢: ١٠٧٤ كتاب الرضاع ، باب في المصة والمصتان.
وأخرجه أحمد في مسنده (٢٦٣٣٢) طبعة إحياء التراث.

(٤) أخرجه مسلم في صحيحه (١٤٥٢) ٢ : ١٠٧٥ كتاب الرضاع ، باب التحريم بخمس رضعات.
أخرجه أبو داود في سننه (٢٠٦٢) ٢: ٢٢٣ كتاب النكاح، باب هل يحرم ما دون خمس رضعات.

⇦

وفي لفظ قالت وهي تذكر التي تحرم من الرضاعة : « نزل في القرآن عشر رضعات معلومات ، ثم نزل أيضاً خمس معلومات »[1] رواه مسلم .

وفي لفظ : قالت : « أنزل في القرآن عشر رضعات معلومات فنسخ من ذلك خمس رضعات إلى خمس رضعات معلومات ، فتوفي رسول الله ﷺ والأمر على ذلك »[2] . رواه الترمذي .

والآية التي فسرتها السنة وبينت الرضاعة المحرمة . وصريح ما رويناه يخص مفهوم ما رووه . فنجمع بين الأخبار ونحملها على الصريح الذي رويناه .

الحكم الثاني : أن تكون الرضعات متفرقات وبهذا قال الشافعي ، والمرجع في معرفة الرضعة إلى العرف ؛ لأن الشرع ورد بها مطلقاً و لم يحدها بزمن ولا مقدار ، فدل ذلك على أنه ردهم إلى العرف ، فإذا ارتضع الصبي وقطع قطعاً بيناً باختياره كان ذلك رضعة فإذا عاد كانت رضعة أخرى وإما إن قطع لضيق نفس أو للانتقال من ثدي إلى ثدي أو لشيء يُلهيه ، أو قطعت عليه المرضعة نظرنا فإن لم يعد قريباً فهي رضعة فإن عاد في الحال ففيه وجهان :

أحدهما : أن الأولى رضعة فإذا عاد فهي رضعة أخرى وهذا اختيار أبي بكر ؛ لأن الأولى رضعة لو لم يعد فكانت رضعة وإن عاد كما لو قطع باختياره .

والثاني : أن جميع ذلك رضعة ؛ لأنه لو حلف لا أكلت اليوم إلا أكلة واحدة فاستدام الأكل زمناً أو قطع لشرب الماء أو انتقال من لون إلى لون أو انتظار ما يحمل إليه من الطعام لم يعد إلا أكلة واحدة فكذا هاهنا .

والأول أولى ؛ لأن اليسير من السعوط والوجور رضعة فكذا هذا .

مسألة : (والسَّعُوط كالرضاع وكذلك الوجُور) .

معنى السعوط : أن يصب اللبن في أنفه من إناء أو غيره والوجور أن يصب في حلقه صباً من غير الثدي ، واختلفت الرواية في التحريم بهما فأصح الروايتين أن

⇦

وأخرجه النسائي في سننه (٣٣٠٧) ٦: ١٠٠ كتاب النكاح، القدر الذي يحرم من الرضاعة.

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (١٤٥٢) ٢ : ١٠٧٥ كتاب الرضاع ، باب التحريم بخمس رضعات.

(٢) ذكره الترمذي في جامعه ٣: ٤٥٦ كتاب الرضاع ، باب ما جاء لا تحرم المصة ولا المصتان.

التحريم يثبت بذلك كما يثبت بالرضاع وهو قول الشعبي وأبي حنيفة وأصحابه وبه قال مالك في الوجور .

والثانية : لا يثبت بهما التحريم ؛ لأن هذا ليس برضاع وإنما حرم الله ورسوله بالرضاع .

ولأنه حصل من غير ارتضاع فأشبه ما لو دخل من جرح في بدنه .

ودليل[1] قول الخرقي : ما روى ابن مسعود عن النبي ﷺ : « لا رضاع إلا ما أنشز العظم وأنبت اللحم »[2] رواه أبو داود .

ولأن هذا يصل به اللبن إلى حيث يصل بالارتضاع ويحصل به من إنبات اللحم وانتشاز العظم ما يحصل بالرضاع فيجب أن يساويه في التحريم . والأنف سبيل لفطر الصائم فكان سبيلاً للتحريم ؛ كالرضاع بالفم .

إذا ثبت هذا فإنما يحرم من ذلك مثل الذي يحرم بالرضاع وهو خمس في الرواية المشهورة فإنه فرع على الرضاع فيأخذ حكمه ، فإن ارتضع وكمل الخمس بسعوط أو وجور أو استعط وأوجر وكمل الخمس برضاع ثبت التحريم ؛ لأنا جعلناه كالرضاع في أصل التحريم فكذلك في إكمال العدد .

مسألة : **(واللبن المشوب كالمحض)** .

المشوب المختلط بغيره والمحض الخالص الذي لا يخالطه سواه ، وسوى الخرقي بينهما سواء شيب بطعام أو شراب أو غيره وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو بكر : قياس قول أحمد أنه لا يحرم ؛ لأنه وجور ، وحكي عن ابن حامد : إن كان الغالب اللبن حرم وإلا فلا وهو قول أبي ثور والمزني ؛ لأن الحكم للأغلب .

ولأنه يزول بذلك الاسم والمعنى المراد به .

ووجه الأول : أن اللبن متى كان ظاهراً فقد حصل شربه ويحصل منه إنبات اللحم وإنشاز العظم فحرم كما لو كان غالباً وهذا فيما إذا كانت صفات اللبن باقية ، وأما إن صب في ماء كثير لم يتغير به لم يثبت به التحريم ؛ لأن هذا ليس

---

(١) كلمة غير ظاهرة في مصورة الأصل ولعل الصواب ما أثبتناه.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٢٠٥٩) ٢ : ٢٢٢ كتاب النكاح ، باب في رضاعة الكبير.

بلبن مشوب ولا يحصل به التغذي ولا إنبات اللحم ولا إنشاز العظم . وحكي عن القاضي أن التحريم يثبت به وهو قول الشافعي ؛ لأن أجزاء اللبن حصلت في بطنه فأشبه ما لو كان لونه ظاهراً .

والأول أصح ؛ لأن هذا ليس برضاع ولا في معناه فوجب أن لا يثبت حكمه فيه .

مسألة : **(ويحرم لبن الميتة كما يحرم لبن الحية ؛ لأن اللبن لا يموت)** .

المنصوص عن أحمد في رواية إبراهيم الحربي أنه ينشر الحرمة وهو اختيار أبي بكر وهو قول الأوزاعي وقال الخلال : لا ينشر الحرمة وتوقف عنه أحمد في رواية مهنا وهو مذهب الشافعي ؛ لأنه لبن ممن ليس بمحل للولادة فلم يتعلق به التحريم كلبن الرجل .

ووجه قول الخرقي : أنه وجد الارتضاع على وجه ينبت اللحم وينشز العظم من امرأة فأثبت التحريم كما لو كانت في حال الحياة .

ولأنه لا فارق بين شربه في حياتها وموتها إلا الحياة والموت أو النجاسة وهذا لا أثر له فإن اللبن لا يموت والنجاسة لا تمنع كما لو حلب في إناء نجس .

ولأنه لو حلب منها في حياتها فشربه بعد موتها لنشر الحرمة وبقاؤه في ثديها لا يمنع ثبوت الحرمة ؛ لأن ثديها لا يزيد على الإناء في عدم الحياة وهي لا تزيد على عظم الميتة في ثبوت النجاسة .

مسألة : **(وإذا حبلت ممن يلحق نسب ولدها به فثاب لها لبن فأرضعت به طفلاً خمس رضعات متفرقات في حولين حرمت عليه وبناتها من أبي هذا الحمل ومن غيره وبنات أبي هذا الحمل منها ومن غيرها ، وإن أرضعت صبية فقد صارت ابنة لها ولزوجها ؛ لأن اللبن من الحمل الذي هو منه)** .

أما المرأة إذا حملت من رجل وثاب لها لبن فأرضعت به طفلاً رضاعاً محرماً صار الطفل المرتضع ابناً للمرضعة بغير خلاف . وصار أيضاً ابناً لمن ينسب الحمل إليه فصار في التحريم وإباحة الخلوة ابناً لهما وأولاده من البنين والبنات أولاد أولادهما وإن نزلت درجتهم وجميع أولاد المرضعة من زوجها ومن غيره وجميع

أولاد الرجل الذي انتسب الحمل إليه من المرضعة ومن غيرها إخوة المرتضع وأخواته وأولاد أولادها وأولاد إخوته وأخواته وإن نزلت درجتهم . وأم المرضعة جدته وأبوها جده وإخوتها أخواله وأخواتها خالاته وأبو الرجل جده ، وأمه جدته وإخوته أعمامه ، وأخواته عماته وجميع أقاربهما ينتسبون إلى المرتضع كما ينتسبون إلى ولدهما من النسب ؛ لأن اللبن الذي ثاب للمرأة مخلوق من ماء الرجل والمرأة فنشر التحريم إليهما ونشر الحرمة إلى الرجل وإلى أقاربه وهو الذي يسمى لبن الفحل ، وفي التحريم به اختلاف ذكرناه في باب ما يحرم نكاحه . والجمع بينه والحجة القاطعة فيه ما روت عائشة « أن أفلح أخا أبي القعيس استأذن عليّ بعدما أنزل الحجاب فقلت : والله لا آذن له حتى أستأذن رسول الله ﷺ فإن أخا أبي القعيس ليس هو أرضعني ولكن أرضعتني امرأة أبي القعيس فدخل عليّ رسول الله ﷺ فقالت : يا رسول الله إن الرجل ليس هو أرضعني ولكن أرضعتني امرأته قال : ائذني له فإنه عمك تربت يمينك .

قال عروة : فبذلك كانت عائشة تأخذ بقول : حرموا من الرضاع ما يحرم من النسب »[1] رواه الجماعة .

وسئل ابن عباس عن رجل تزوج امرأتين فأرضعت إحداهما جارية والأخرى غلاماً هل يتزوج الغلام الجارية؟ فقال : لا ، اللقاح واحد .

وأما الولد المرتضع فإن الحرمة تنتشر إليه وإلى أولاده وإن نزلوا ولا تنتشر إلى من في درجته من إخوته وأخواته ولا إلى أعلى منه كأبيه وأمه وأعمامه وعماته وأخواله وخالاته وأجداده وجداته فلا يحرم على المرتضعة نكاح أبي الطفل المرتضع ولا أخيه ولا عمه ولا خاله ولا يحرم على زوجها نكاح أم الطفل المرتضع ولا

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٥٨٠٤) ٥: ٢٢٧٩ كتاب الأدب ، باب قول النبي ﷺ: تربت يمينك.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٤٤٥) ٢: ١٠٦٩ كتاب الرضاع ، باب تحريم الرضاعة من ماء الفحل.
وأخرجه أبو داود في سننه (٢٠٥٧) ٢: ٢٢٢ كتاب النكاح، باب في لبن الفحل.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١١٤٨) ٣: ٤٥٣ كتاب الرضاع ، باب ما جاء في لبن الفحل.
وأخرجه النسائي في سننه (٣٣١٨) ٦: ١٠٤ كتاب النكاح، لبن الفحل.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (١٩٤٨) ١: ٦٢٧ كتاب النكاح، باب لبن الفحل.
وأخرجه أحمد في مسنده (٢٥٨٠٢) طبعة إحياء التراث.

أخته ولا عمته ولا خالته . ولا بأس أن يتزوج أولاد المرضعة وأولاد زوجها إخوة الطفل المرتضع وأخواته . قال أحمد : لا بأس أن يتزوج الرجل أخت أخيه من الرضاع ليس بينهما رضاع ولا نسب وإنما الرضاع بين الجارية وأخيه .

إذا ثبت هذا فإن من شرط تحريم الرضاع أن يكون في الحولين . وهذا قول أكثر أهل العلم . روي هذا عن عمر وعثمان وعلي وابن عمر وابن مسعود وابن عباس وأبي هريرة وأزواج النبي ﷺ سوى عائشة ، وإليه ذهب الشافعي وصاحبا أبي حنيفة ومالك في رواية . وكانت عائشة ترى رضاع الكبير يحرم روي هذا عن عطاء والليث وداود ؛ لما روي « أن سهلة بنت سهيل قالت : يا رسول الله إنا كنا نرى سالماً ولداً فكان يأوي معي ومع أبي حذيفة في بيت واحد ويراني فُضْلاً ، وقد أنزل الله فيهم ما قد علمت فكيف ترى فيه ؟ فقال لها النبي ﷺ : أرضعيه فأرضعته خمس رضاعت فكان بمنزلة ولدها فبذلك كانت عائشة تأخذ به تأمر بنات أخواتها وبنات إخوتها يرضعن من أحبّت عائشة أن يراها ويدخل عليها وإن كان كبيراً خمس رضعات وأبت ذلك أم سلمة وسائر أزواج النبي ﷺ أن يدخل عليهن بتلك الرضاعة أحد من الناس حتى يرضع في المهد ، وقلن لعائشة : والله ما ندري لعلها رخصة من النبي عليه السلام لسالم دون الناس »[1] رواه أبو داود والنسائي وغيرهما .

والفتيا على ما ذهبنا إليه ؛ لقول الله تعالى : ﴿والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة﴾ [البقرة :٢٣٣] فجعل تمام الرضاعة حولين فيدل على أنه لا حكم لها بعدهما . وعن عائشة « أن رسول الله ﷺ دخل عليها وعندها رجل فتغير وجهه فقالت : يا رسول الله إنه أخي من الرضاعة فقال رسول الله ﷺ : انظرن من إخوانكن ، فإنما الرضاعة من المَجَاعَة »[2] رواه الجماعة إلا الترمذي .

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٢٠٦١) ٢: ٢٢٣ كتاب النكاح، باب فيمن حرم به.
وأخرجه النسائي في سننه (٣٢٢٤) ٦: ٦٤ كتاب النكاح ، تزوج المولى العربية. مختصر.
وأخرجه أحمد في مسنده (٢٥٧٩٨) طبعة إحياء التراث.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٤٨١٤) ٥: ١٩٦١ كتاب النكاح، باب من قال: لا رضاع بعد حولين.

⇦

وعن أم سلمة قالت : قال رسول الله ﷺ : «لا يحرم من الرضاع إلا ما فتق الأمعاء في الثدي ، وكان قبل الفِطام»[1] . رواه الترمذي وحسنه وصححه .

وعند هذا يتعين حمل خبر أبي حذيفة على أنه خاص له دون الناس كما قال سائر أزواج النبي ﷺ .

إذا ثبت هذا فالاعتبار بالعامين لا بالفطام فلو فطم قبل الحولين ثم ارتضع فيهما لحصل التحريم ولو لم يفطم حتى تجاوز الحولين ثم ارتضع بعدهما قبل الفطام لم يثبت التحريم .

قال أبو الخطاب : لو ارتضع بعد الحولين بساعة لم يحرم . وقال القاضي : لو شرع في الخامسة فحال الحول قبل كمالها لم يثبت التحريم ولا يصح هذا ؛ لأن ما وجد من الرضعة في الحولين كاف في التحريم بدليل ما لو انفصل مما بعده فلا ينبغي أن يسقط حكمه بانفصال ما لا أثر له به .

فصل

واشترط الخرقي في نشر الحرمة بين المرتضع وبين الرجل الذي ثاب اللبن بوطئه أن يكون لبن حمل ينسب إلى الواطئ إما لكون الوطء في نكاح أو ملك يمين أو بشبهة ، وأما لبن الزاني أو النافي للولد باللعان فلا ينشر الحرمة بينهما في مفهوم كلام الخرقي وهو قول ابن حامد ومذهب الشافعي . وقال أبو بكر عبدالعزيز : ينشر الحرمة بينهما ؛ لأنه معنى ينشر الحرمة فاستوى في ذلك مباحه ومحظوره كالوطء يحققه أن الوطء حصل منه لبن وولد ثم إن الولد ينشر الحرمة بينه وبين الواطئ كذلك اللبن .

⇦

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٤٥٥) ٢ : ١٠٧٨ كتاب الرضاع ، باب إنما الرضاعة من المجاعة.
وأخرجه أبو داود في سننه (٢٠٥٨) ٢: ٢٢٢ كتاب النكاح، باب في رضاعة الكبير.
وأخرجه النسائي في سننه (٣٣١٢) ٦: ١٠٢ كتاب النكاح، القدر الذي يحرم من الرضاعة.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (١٩٤٥) ١: ٦٢٦ كتاب النكاح، باب لا رضاع بعد فصال.
وأخرجه أحمد في مسنده (٢٤٨٩٠) طبعة إحياء التراث.

(١) أخرجه الترمذي في جامعه (١١٥٢) ٣ : ٤٥٨ كتاب الرضاع.

ولأنه رضاع ينشر الحرمة إلى المرضعة فنشرها إلى الواطئ كصورة الإجماع .

ووجه القول الأول أن التحريم بينهما فرع لحرمة الأبوة فلما لم يثبت حرمة الأبوة لم يثبت ما هو فرع لها ويفارق تحريم ابنته من الزنا ؛ لأنها من نطفته حقيقة بخلاف مسألتنا ويفارق تحريم المصاهرة فإن التحريم ثَمّ لا يقف على ثبوت النسب ولهذا تحرم أم زوجته وابنتها من غير نسب[1] وتحريم الرضاع مبني على النسب . ولهذا قال عليه السلام «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»[2]. فأما المرضعة فإن الطفل المرتضع محرم عليها ومنسوب إليها عند الجميع ، وكذلك يحرم جميع أولادها وأقاربها الذين يحرمون على أولادها على هذا المرتضع كما في الرضاع باللبن المباح . وإن كان المرتضع جارية حرمت على الملاعن بغير خلاف أيضا ؛ لأنها ربيبته فإنها بنت امرأته من الرضاع ، وتحرم على الزاني عند من يرى تحريم المصاهرة ، وكذلك يحرم بناتها وبنات المرتضع من الغلمان لذلك .

مسألة : **(ولو طلق زوجته ثلاثا وهي ترضع من لبن ولده فتزوجت بصبي مرضع فأرضعته فحرمت عليه ثم تزوجت بآخر ودخل بها ووطئها ثم طلقها أو مات عنها لم يجز أن يتزوجها الأول لأنها صارت من حلائل الأبناء لما أرضعت الصبي الذي تزوجت به).**

مسألة : **(ولو تزوج كبيرة وصغيرة ولم يدخل بالكبيرة حتى أرضعت الصغيرة في الحولين حرمت عليه الكبيرة وثبت نكاح الصغيرة . وإن كان دخل بالكبيرة حرمتا عليه جميعا ويرجع بنصف مهر الصغيرة على الكبيرة).**

مسألة : **(ولو تزوج بكبيرة وصغيرتين فأرضعت الكبيرة الصغيرتين حرمت عليه الكبيرة وانفسخ نكاح الصغيرتين ولا مهر عليه للكبيرة ويرجع عليها بنصف صداق الصغيرتين وله أن ينكح من شاء منهما).**

أما تحريم الكبيرة فلأنها صارت من أمهات النساء ، وأما انفساخ نكاح الصغيرتين فلأنهما صارتا أختين واجتمعتا في الزوجية فينفسخ نكاحهما كما لو

---

(١) سقط من هنا صفحة من مصورة الأصل . وقد استدركنا تتمة الشرح والمتن من المغني ٩ : ٢٠٤ .

(٢) سبق تخريجه ص: ١٧٥.

أرضعتا معا . ولا مهر للكبيرة[1] لأن الفساد جاء من قبلها ويرجع عليها بنصف صداق الصغيرتين ؛ لأنها أفسدت نكاحهما وله أن ينكح من شاء منهما ؛ لأن انفساخ نكاحهما للجمع ولا يوجب تحريماً مؤبداً وهذا على الرواية التي قلنا أنها إذا أرضعت الصغيرة اختص الفسخ بالكبيرة . وأما على الرواية التي تقول ينفسخ نكاحهما معاً فإنه يثبت نكاح الأخيرة من الصغيرتين ؛ لأن الكبيرة لما أرضعت الأولى انفسخ نكاحهما ثم أرضعت الأخرى فلم تجتمع معهما في النكاح فلم ينفسخ نكاحها . وأما إن كان دخل بالكبيرة حرمت وحرمت الصغيرتان على التأبيد ؛ لأنهما ربيبتان قد دخل بأمهما .

مسألة : **(وإن كن الأصاغر ثلاثاً فأرضعتهن منفردات حرمت الكبيرة وانفسخ نكاح المرضعتين أولاً وثبت نكاح آخرهن رضاعاً فإن أرضعت إحداهن منفردة واثنتين بعد ذلك معاً حرمت الكبيرة وانفسخ نكاح الأصاغر وتزوج من شاء من الأصاغر وإن كان دخل بالكبيرة حرم الكل على الأبد)** .

إنما حرمت الكبيرة ؛ لأنها صارت من أمهات النساء وانفسخ نكاح المرضعتين أولاً ؛ لأنهما صارتا أختين في نكاحه وثبت نكاح الأخيرة ؛ لأن رضاعها بعد انفساخ نكاح الصغيرتين اللتين قبلها فلم تصادف إخوتها جمعاً في النكاح ، وإن أرضعت إحداهن منفردة واثنتين بعد ذلك معاً بأن تلقم كل واحدة منهما ثدياً فيمصان معاً أو تحلب من لبنها في إناء فتسقيهما انفسخ نكاح الجميع ؛ لأنهن صرن أخوات في نكاحه وله أن يتزوج من شاء من الأصاغر ؛ لأن تحريمهن تحريم جمع لا تحريم تأبيد فإنهن ربائب لم يدخل بأمهن ، وإن دخل بالكبيرة حرم الكل على الأبد ؛ لأنهن ربائب مدخول بأمهن هذا على الرواية الأولى وعلى الأخرى لما أرضعت الأولى انفسخ نكاحها ونكاح الكبيرة لأنها صارت أمها واجتمعتا في نكاحه ثم أرضعت الثانية فلم ينفسخ نكاحها ؛ لأنها منفردة بالرضاع في النكاح فلما أرضعت الثالثة صارتا أختين فانفسخ نكاحهما .

---

(١) إلى هنا ينتهي السقط من مصورة الأصل.

مسألة : (وإذا شهدت امرأة واحدة على الرضاع حرم النكاح إذا كانت مرضية وقد روي عن أبي عبدا لله رضي ا لله عنه رواية أخرى إن كانت مرضية استحلفت فإن كانت كاذبة لم يحل الحول حتى يبيض ثدياها وذهب في ذلك إلى قول ابن عباس رضي ا لله عنه) .

أما شهادة المرأة الواحدة فمقبولة في الرضاع إذا كانت مرضية وبهذا قال الزهري وطاووس . وعن أحمد رواية أخرى : لا يقبل إلا شهادة امرأتين ؛ لأن الرجال أكمل من النساء ولا يقبل إلا شهادة رجلين فالنساء أولى . وعن أحمد رواية ثالثة : أن شهادة المرأة الواحدة مقبولة وتستحلف مع شهادتها وهو قول ابن عباس وإسحاق ؛ لأن ابن عباس قال في امرأة زعمت أنها أرضعت رجلاً وأهله فقال : إن كانت مرضية استحلفت وفارق امرأته ، وقال : إن كانت كاذبة لم يحل الحول حتى تبيض ثدياها ، يعني يصيبهما فيها برص عقوبة على كذبها . وهذا لا يقتضيه قياس ولا يهتدي إليه رأي والظاهر أنه لا يقوله إلا توقيفاً .

ووجه قول الخرقي ما روى عقبة بن الحارث «أنه تزوج أم يحيى بنت أبي إهاب فجاءت أمة سوداء فقالت : قد أرضعتكما . قال : فذكرت ذلك للنبي ﷺ فأعرض عني قال : فتنحيت فذكرت ذلك له . فقال : وكيف وقد زعمت أنها أرضعتكما فنهاه عنها»[1] رواه أحمد والبخاري .

وفي رواية : «دعها عنك»[2] رواه الجماعة إلا مسلماً وابن ماجة .

وهذا يدل على الاكتفاء بالمرأة الواحدة .

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٥١٦) ٢ : ٩٤١ كتاب الشهادات ، باب شهادة الإماء والعبيد.
وأخرجه أحمد في مسنده (١٥٧٢٠) طبعة إحياء التراث.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٤٨١٦) ٥: ١٩٦٢ كتاب النكاح، باب شهادة المرضعة.
وأخرجه أبو داود في سننه (٣٦٠٣) ٣: ٣٠٦ كتاب الأقضية، باب الشهادة في الرضاع.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١١٥١) ٣: ٤٥٧ كتاب الرضاع، باب ما جاء في شهادة المرأة الواحدة في الرضاع.
وأخرجه النسائي في سننه (٣٣٣٠) ٦: ١٠٩ كتاب النكاح، الشهادة في الرضاع.
وأخرجه أحمد في مسنده (١٨٩٣٠) طبعة إحياء التراث.

وقال الأوزاعي : فرق عثمان بين أربعة وبين نسائهم بشهادة امرأة في الرضاع .

وقال الشعبي : كانت القضاة يفرقون بين الرجل والمرأة بشهادة امرأة واحدة في الرضاع .

ولأن هذا شهادة على عورة . فيقبل فيه شهادة النساء المنفردات ؛ كالولادة .

مسألة : **(وإذا تزوج امرأة ثم قال قبل الدخول هي أختي من الرضاعة انفسخ النكاح فإن صدقته المرأة فلا مهر لها وإن كذبته فلها نصف المهر)** .

أما الزوج إذا أقر أن زوجته أخته من الرضاعة انفسخ نكاحه ويفرق بينهما ، وبهذا قال الشافعي ؛ لأنه أقر بما يتضمن تحريمها عليه فلم يقبل رجوعه عنه كما لو أقر بالطلاق ثم رجع أو أقر أن أمته أخته من النسب وهذا الكلام في الحكم وأما فيما بينه وبين ربه فينبني ذلك على علمه بصدقه فإن علم أن الأمر كما قال فهي محرمة عليه ولا نكاح بينهما وإن علم كذب نفسه فالنكاح باق بحاله وقوله كذب لا يحرمها عليه ؛ لأن المحرم حقيقة الرضاع لا القول وإن شك في ذلك لم يزل عن اليقين بالشك وقيل في حلها أنه إذا علم كذب نفسه روايتان والصحيح ما قلناه ؛ لأن قوله ذلك إذا كان كذباً لم يثبت التحريم كما لو قال لها وهي أكبر منه هي ابنتي من الرضاعة .

إذا ثبت هذا فإنه إن كان قبل الدخول وصدقته المرأة فلا شيء لها ؛ لأنهما اتفقا على أن النكاح فاسد من أصله لا تستحق فيه مهر فأشبه ما لو ثبت ذلك ببينة وإن أكذبته فالقول قولها ؛ لأن قوله غير مقبول عليها في إسقاط حقوقها فلزمه إقراره فيما هو حق له وهو تحريمها عليه وفسخ نكاحه و لم يقبل قوله فيما عليه من المهر .

مسألة : **(وإن كانت المرأة هي التي قالت : هو أخي من الرضاعة فأكذبها ولم تأت بالبينة على ما وصفت فهي زوجته في الحكم)** .

أما المرأة إذا أقرت أن زوجها أخوها من الرضاعة فأكذبها لم يقبل قولها في فسخ النكاح ؛ لأنه حق عليها ، فإن كان قبل الدخول فلا مهر لها ؛ لأنها تقر بأنها

لا تستحقه فإن كانت قد قبضته لم يكن للزوج أخذه منها ؛ لأنه يقر بأنه حق لها وإن كان بعد الدخول فأقرت أنها كانت عالمة بأنها أخته وبتحريمها عليه ومطاوعة له في الوطء فلا مهر لها أيضاً ؛ لإقرارها أنها زانية مطاوعة وإن أنكرت شيئاً من ذلك فلها المهر ؛ لأنه وطء شبهة وهي زوجته في ظاهر الحكم ؛ لأن قولها عليه غير مقبول ، وأما فيما بينها وبين الله فإن علمت صحة ما أقرت به لم يحل لها مساكنته وتمكينه من وطئها وعليها أن تفر منه وتفتدي نفسها بما أمكنها ؛ لأن وطأه لها زناً فعليها التخلص منه مهما أمكنها كما قلنا في التي علمت أن زوجها طلقها ثلاثاً وجحدها ذلك ، وينبغي أن يكون الواجب لها من المهر بعد الدخول أقل الأمرين من المسمى أو مهر المثل ؛ لأنه إن كان المسمى أقل فلا يقبل قولها في وجوب زائد عليه وإن كان الأقل مهر المثل لم تستحق أكثر منه لاعترافها بأن استحقاقها له بوطئها لا بالعقد فلا تستحق أكثر منه ، وإن كان إقرارها بأخوته قبل النكاح لم يجز لها نكاحه ولا يقبل رجوعها عن إقرارها في ظاهر الحكم ؛ لأن إقرارها لم يصادف زوجية عليها يبطلها فقبل إقرارها على نفسها بتحريمه عليها وكذلك لو أقر الرجل هذه أخته من الرضاع أو محرمة عليه برضاع أو غيره وأمكن صدقه لم يحل له تزويجها فيما بعد ذلك في ظاهر الحكم ، وأما فيما بينه وبين الله تعالى فينبني على علمه بحقيقة الحال على ما ذكرناه . والله أعلم .

كتاب النفقات

نفقة الزوجة ثابتة بالكتاب والسنة والإجماع .

أما الكتاب ؛ فقوله تعالى : ﴿لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفساً إلا ما آتاها﴾ [الطلاق :٧] .

ومعنى : قُدر عليه : ضُيّق عليه .

وأما السنة ؛ فما روى جابر « أن رسول الله ﷺ خطب الناس فقال : اتقوا الله في النساء . فإنهن عوان عندكم ، أخذتموهن بأمانة الله ، واستحللتم فروجهن بكلمة الله ، ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف »[1] . رواه مسلم وأبو داود .

ورواه الترمذي بإسناده عن عمرو بن الأحوص قال : «ألا إن لكم على نسائكم حقاً ولنسائكم عليكم حقاً فأما حقكم على نسائكم فلا يوطئن فرشكم من تكرهون ولا يأذن في بيوتكم لمن تكرهون ، ألا وحقهن عليكم : أن تحسنوا إليهن في كسوتهن وطعامهن »[2] . وقال : هذا حديث حسن صحيح .

و « جاءت هند إلى رسول الله ﷺ فقالت : يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطيني من النفقة ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم فقال : خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف »[3] . رواه الجماعة إلا الترمذي من حديث عائشة .

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (١٢١٨) ١: ٨٩١ كتاب الحج ، باب حجة النبي ﷺ.
وأخرجه أبو داود في سننه (١٩٠٥) ٢: ١٨٥ أول كتاب المناسك ، باب صفة حجة النبي ﷺ.

(٢) أخرجه الترمذي في جامعه (١١٦٣) ٣: ٤٦٧ كتاب الرضاع ، باب ما جاء في حق المرأة على زوجها.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (١٨٥١) ١: ٥٩٤ كتاب النكاح ، باب حق المرأة على الزوج.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه (٦٧٥٨) ٦ : ٢٦٢٦ كتاب الأحكام ، باب القضاء على الغائب.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٧١٤) ٣ : ١٣٣٨ كتاب الأقضية ، باب قضية هند.
وأخرجه أبو داود في سننه (٣٥٣٢) ٣: ٢٨٩ كتاب البيوع، باب في الرجل يأخذ حقه من تحت يده.
وأخرجه النسائي في سننه (٥٤٢٠) ٨: ٢٤٦ كتاب آداب القضاة، قضاء الحاكم على الغائب إذا عرفه.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٢٩٣) ٢: ٧٦٩ كتاب التجارات، باب ما للمرأة من مال زوجها.

⇦

وفيه دلالة على وجوب النفقة لها على زوجها وأن ذلك مقدر بكفايتها وأن نفقة ولده عليه دونها مقدر بكفايتهم وأن ذلك بالمعروف وأن لها أن تأخذ ذلك بنفسها من غير علمه إذا لم يعطها إياه .

وأما الإجماع فاتفق أهل العلم على وجوب نفقات الزوجات على أزواجهن إذا كانوا بالغين إلا الناشز منهن . ذكره ابن المنذر وغيره .

وفيه ضرب من العبرة وهو أن المرأة محبوسة على الزوج يمنعها من التصرف والاكتساب فلا بد من أن ينفق عليها كالعبد مع سيده .

مسألة : قال أبو القاسم رحمه الله : (**وعلى الزوج نفقة زوجته ما لا غنى بها عنه وكسوتها**) .

أما المرأة إذا سلمت نفسها إلى الزوج على الوجه الواجب عليها فلها عليه[1] جميع حاجتها من مأكول ومشروب وملبوس ومسكن . قال أصحابنا : ونفقتها معتبرة بحال الزوجين جميعاً فإن كانا موسرين فعليه لها نفقة الموسرين ، وإن كانا معسرين فعليه نفقة المعسرين ، وإن كانا متوسطين فلها عليه نفقة المتوسطين ، وإن كان أحدهما موسراً والآخر معسراً فعليه نفقة المتوسطين أيهما كان الموسر .

فصل

والنفقة مقدرة بالكفاية وتختلف باختلاف من تجب له النفقة في مقدارها وبهذا قال أبو حنيفة ومالك . وقال القاضي : هي مقدرة بمقدار لا يختلف في الكثرة والقلة ، والواجب رطلان من الخبز في كل يوم في حق الموسر والمعسر اعتباراً بالكفارات ، وإنما يختلفان في صفته وجودته ؛ لأن الموسر والمعسر سواء في قدر المأكول وما تقوم به البنية وإنما يختلفان في جودته فكذلك النفقة الواجبة .

⇦

وأخرجه أحمد في مسنده (٢٣٧١١) طبعة إحياء التراث.

(١) زيادة من المغني ٩: ٢٣٠.

والأول المذهب ؛ لقول النبي ﷺ لهند : «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف»[1] فأمرها أن تأخذ ما يكفيها من غير تقدير ورد الاجتهاد في ذلك إليها . ومن المعلوم أن قدر كفايتها لا ينحصر في رطلين بحيث لا يزيد عنهما ولا ينقص .

ولأن الله قال : ﴿وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف﴾ [البقرة :٢٣٣] . وقال النبي ﷺ : «ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف»[2] وإيجاب أقل من الكفاية ترك للمعروف وإيجاب قدر الكفاية وإن كان أقل من رطلي خبز إنفاق بالمعروف فيكون ذلك هو الواجب بالكتاب والسنة .

فصل

ويرجع في تقدير الواجب إلى اجتهاد الحاكم أو نائبه إن لم يتراضيا على شيء فيفرض للمرأة قدر كفايتها من الخبز والأدم فيفرض للموسرة تحت الموسر قدر حاجتها من أرفع خبز البلد الذي يأكله أمثالهما وللمعسرة تحت العسر قدر كفايتها من أدنى خبز البلد وللمتوسطة تحت المتوسطة من أوسطه لكل أحد على حسب حاله على ما جرت به العادة في حق أمثاله وكذلك الأدم للموسرة تحت الموسر قدر حاجتها من أرفع الأدم من اللحم والأرز واللبن وما يطبخ به اللحم والدهن على اختلاف أنواعه في بلدانه السمن في موضع والزيت في آخر والشحم في آخر والشيرج في آخر وللمعسرة تحت المعسر من الأدم أدونه كالباقلا والخل والبقل والكامخ وما جرت به عادة أمثالهم وما يحتاج إليه من الدهن وللمتوسطة تحت المتوسطة أوسط ذلك من الخبز والأدم كل على حسب عادته .

ويجب للمرأة ما تحتاج إليه من المشط والدهن لرأسها والسدر أو نحوه مما تغسل به رأسها وما يعود بنظافتها ؛ لأن ذلك يراد للتنظيف فكان عليه كما أن على المستأجر كنس الدار وتنظيفها ، وأما الخضاب فإنه إن لم يطلبه الزوج منها لم

(١) سبق تخريجه ص: ١٨٨.
(٢) سبق تخريجه ص: ١٨٨.

يلزمه ؛ لأنه يراد للزينة ، وإن طلبه منها فهو عليه ، وأما الطيب فما يراد منه لقطع السهوكة[1] كدواء العرق لزمه ؛ لأنه يراد للتنظيف ، وما يراد منه للتلذذ والاستمتاع لم يلزمه ؛ لأن الاستمتاع حق له فلا يجب عليه ما يدعوه إليه ولا يجب عليه شراء الأدوية ولا أجرة الطبيب ؛ لأنه يراد لإصلاح الجسم فلا يلزمه كما لا يلزم المستأجر بناء ما يقع من الدار وحفظ أصولها وكذلك أجرة الحجام والفصاد .

فصل

وتجب عليه كسوتها بإجماع أهل العلم ؛ لما ذكرنا من النصوص .

ولأنها لا بد منها على الدوام فلزمته كالنفقة وهي معتبرة بكفايتها وليست مقدرة بالشرع كما قلنا في النفقة ويرجع في ذلك إلى اجتهاد الحاكم فيفرض لها على قدر كفايتها على قدر يسرهما وعسرهما وما جرت عادة أمثالهما به من الكسوة فيجتهد الحاكم في ذلك عند نزول الأمر كنحو اجتهاده في المتعة للمطلقة وكما قلنا في النفقة فيفرض للموسرة تحت الموسر من أرفع ثياب البلد من الكتان والخز والابريسم وللمعسرة تحت المعسر غليظ القطن والكتان وللمتوسطة تحت المتوسط أوسط من ذلك فأقل ما يجب من ذلك قميص وسراويل ومقنعة ومداس وجبة للشتاء ويزيد من عدد الثياب ما جرت العادة بلبسه مما لا غنى عنه دون ما للتجمل والزينة والأصل في هذا قول الله تعالى : ﴿وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف﴾ [البقرة:٢٣٣] . وقال النبي ﷺ : « ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف »[2] والكسوة بالمعروف هي الكسوة التي جرت عادة أمثالها بلبسه ، وقوله عليه السلام لهند : « خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف »[3] .

---

(١) في الأصل كلمة غير واضحة وما أثبتناه من المغني ٩: ٢٣٥. والسهوكة: ريح كريهة تخرج من الإنسان إذا عرق. المصباح مادة سهك.

(٢) سبق تخريجه ص: ١٨٨.

(٣) سبق تخريجه ص: ١٨٨.

فصل

وعليه لها ما تحتاج إليه للنوم من الفراش واللحاف والوسادة كل على حسب عادته فإن كانت ممن عادته النوم في الأكسية والبساط فعليه لها لنومها ما جرت عادتهم به ولجلوسها بالنهار البساط والزلي والحصير الرفيع أو الخشن، الموسر على حسب يساره والمعسر على قدر إعساره على حسب العوائد.

مسألة: (**فإن منعها [ما يجب لها]**[1] **أو بعضه وقدرت له على مال أخذت منه مقدار حاجتها بالمعروف كما قال النبي ﷺ لهند حين قالت: «إن أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطيني من النفقة ما يكفيني وولدي فقال: خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف»**[2]).

أما الزوج إذا لم يدفع إلى زوجته ما يجب لها عليه من النفقة والكسوة أو دفع إليها أقل من كفايتها فلها أن تأخذ من ماله الواجب أو تمامه بإذنه أو بغير إذنه بدليل قول النبي ﷺ لهند: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف»[3] وهذا إذن لها في الأخذ من ماله بغير إذنه ورد لها إلى اجتهادها في قدر كفايتها وكفاية ولدها وهو متناول لأخذ تمام الكفاية فإن ظاهر الحديث دل على أنه قد كان يعطيها بعض الكفاية ولا يتممها لها فرخص النبي عليه السلام لها في أخذ تمام الكفاية بغير علمه؛ لأنه موضع حاجة فإن النفقة لا غنى عنها ولا قوام إلا بها فإذا لم يدفعها الزوج ولم تأخذها أفضى إلى ضياعها وهلاكها فرخص لها في أخذ قدر نفقتها دفعاً لحاجتها.

ولأن النفقة تتجدد بتجدد الزمان شيئاً فشيئاً فتشق المرافعة إلى الحاكم والمطالبة بها في كل الأوقات فلذلك رخص لها في أخذها بغير إذن من هي عليه.

وذكر القاضي بينها وبين الدين فرقاً آخر وهو أن نفقة الزوجة تسقط بفوات وقتها عند بعض أهل العلم ما لم يكن الحاكم فرضها لها فلو لم تأخذ حقها أفضى إلى

---

(١) زيادة من المغني ٩: ٢٣٩.

(٢) سبق تخريجه ص: ١٨٨.

(٣) سبق تخريجه ص: ١٨٨.

سقوطها والإضرار بها بخلاف الدين فإنه لا يسقط عند أحد بترك المطالبة فلا يؤدي ترك الأخذ إلى الإسقاط .

فصل

ويجب عليه دفع نفقتها إليها في صدر نهار كل يوم إذا طلعت الشمس ؛ لأنه أول وقت الحاجة فإن اتفقا على تأخيرها جاز ؛ لأن الحق لها فإذا رضيت بتأخيره جاز كالدين ، وإن اتفقا على تعجيل نفقة عام أو شهر أو أقل من ذلك أو أكثر أو تأخيره جاز ؛ لأن الحق لهما لا يخرج عنهما فجاز من تعجيله وتأخيره[1] ما اتفقا عليه كالدين وليس في هذا خلاف بين أهل العلم . فإن سلّم إليها نفقة يوم ثم ماتت فيه لم يرجع عليها بها ؛ لأنه دفع إليها ما وجب عليه ، وإن أبانها بعد وجوب الدفع إليها لم تسقط نفقتها فيه ولها مطالبته بها ؛ لأنها قد وجبت فلم تسقط بالطلاق كالدين ، وإن عجل لها نفقة شهر أو عام ثم طلقها أو ماتت قبل انقضائه أو بانت بفسخ أو إسلام أحدهما أو ردته فله أن يسترجع نفقة بقية الشهر وبه قال الشافعي ومحمد بن الحسن ، وقال أبو حنيفة وأبو يوسف : لا يسترجعها وهو وجه لأصحابنا ؛ لأنها صلة فإذا قبضها لم يكن له الرجوع فيها كصدقة التطوع .

والأول المذهب ؛ لأنه سلم إليها النفقة سلفاً عما يجب في الثاني فإذا وجد ما يمنع الوجوب ثبت الرجوع كما لو أسلفها إياها فنشزت أو عجل الزكاة إلى الساعي فتلف ماله قبل الحول . وقولهم أنها صلة قلنا بل هي عوض عن التمكين وقد فات التمكين . وذكر القاضي أن زوج الوثنية والمجوسية إذا دفع إليها نفقة[2] سنتين ثم بانت بإسلامه ، فإن لم يكن أعلمها أنها نفقة عجلها لها لم يرجع عليها ؛ لأن الظاهر أنه تطوع بها وإن أعلمها ذلك انبنى على معجل الزكاة إذا أعلم الفقير أنها زكاة معجلة ثم تلف المال وفي الرجوع بها وجهان كذلك هاهنا . وكذلك

(١) زيادة من المغني ٩: ٢٤٠.
(٢) زيادة من المغني ٩: ٢٤١.

ينبغي أن يكون في سائر الصور مثل هذا ؛ لأنه تبرع بدفع ما لا يلزمه من غير إعلام الآخذ بتعجيله فلم يرجع به كمعجل الزكاة ، ولو سلم إليها نفقة اليوم فسرقت أو تلفت لم يلزمه عوضها ؛ لأنه بريء من الواجب بدفعه فأشبه ما لو تلفت الزكاة بعد قبض الساعي لها أو الدين بعد أخذ صاحبه له .

وإذا دفع إليها نفقتها فلها أن تتصرف فيها بما أحبت من الصدقة والهبة والمعاوضة ما لم يعد ذلك عليها بضرر في بدنها وضعف في جسمها ؛ لأنه حق لها فلها التصرف فيه بما شاءت كالمهر وليس لها التصرف فيها على وجه يضر بها ؛ لأن فيه تفويت حقه منها ونقصاً في استمتاعه بها .

فصل

وعليه دفع الكسوة إليها في كل عام مرة ؛ لأنه العادة ويكون الدفع إليها في أوله ؛ لأنه أول وقت الوجوب فإن بليت الكسوة في الوقت الذي يبلى فيه مثلها لزمه أن يدفع إليها كسوة أخرى ؛ لأن ذلك وقت الحاجة إليها وإن بليت قبل ذلك لكثرة دخولها وخروجها أو استعمالها لم يلزمه إبدالها ؛ لأنه ليس بوقت الحاجة إلى الكسوة في العرف . وإن مضى الزمان الذي تبلى في مثله بالاستعمال المعتاد ولم تبل فهل يلزمه بدلها ؟ فيه وجهان :

أحدهما : لا يلزمه ؛ لأنها غير محتاجة إلى الكسوة .

والثاني : يلزمه ؛ لأن الاعتبار بمضي الزمان دون حقيقة الحاجة بدليل أنها لو بليت قبل ذلك لم يلزمه بدلها . ولو أهدي إليها كسوة لم تسقط كسوتها ولو أهدى إليها طعاماً فأكلته وبقي قوتها إلى الغد لم يسقط قوتها فيه وإن كساها ثم طلقها قبل أن تبلى فهل له أن يسترجعها فيه وجهان :

أحدهما : له ذلك ؛ لأنه دفعها للزمان المستقبل فإذا طلقها قبل مضيه كان له استرجاعها كما لو دفع إليها نفقة مدة ثم طلقها قبل انقضائها .

والثاني : ليس له الاسترجاع ؛ لأنه دفع إليها الكسوة بعد وجوبها عليه فلم يكن له الرجوع فيها كما لو دفع إليها النفقة بعد وجوبها ثم طلقها قبل أكلها بخلاف النفقة المستقبلة .

مسألة : (**فإن منعها ولم تجد ما تأخذه واختارت فراقه فرق الحاكم بينهما**) .

أما إذا منع الرجل امرأته نفقتها لعسرته لعدم ما ينفقه ثبت للمرأة الخيار بين الصبر عليه وبين فراقه ، وروي نحو هذا عن عمر وعلي وأبي هريرة وبه[1] قال سعيد بن المسيب والحسن وعمر بن عبدالعزيز وربيعة وحماد ومالك ويحيى القطان وعبدالرحمن بن مهدي والشافعي وإسحاق وأبو عبيد وأبو ثور . وقال أبو حنيفة وصاحباه والزهري : لا تملك فراقه ولكن يرفع يده عنها لتكتسب . وعن أحمد كقولهم ؛ لأنه حق لها عليه فلا ينفسخ النكاح لعجزه عنه كالدين .

والمذهب الأول ؛ لقول الله تعالى : ﴿فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان﴾ [البقرة :٢٢٩] وليس الإمساك مع ترك الإنفاق إمساكاً بمعروف فيتعين التسريح . وروى سعيد عن سفيان عن ابن أبي الزناد قال سعيد بن المسيب عن الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته يفرق بينهما ؟ قال : نعم قلت : سنة قال : سنة وهذا ينصرف إلى سنة رسول الله ﷺ .

وقال ابن المنذر : ثبت « أن عمر كتب إلى أمراء الأجناد في رجال غابوا عن نسائهم فأمرهم بأن ينفقوا أو يطلقوا فإن طلقوا بعثوا بنفقة ما مضى »[2] .

ولأنه إذا ثبت الفسخ بالعجز عن الوطء والضرر فيه أقل ؛ لأنه إنما هو فقد لذة وشهوة يقوم البدن بدونه فلأن يثبت بالعجز عن النفقة التي لا يقوم البدن إلا بها أولى .

إذا ثبت هذا فإنه متى ثبت الإعسار بالنفقة على الإطلاق فللمرأة المطالبة بالفسخ من غير إنظار وهذا أحد قولي الشافعي لظاهر حديث عمر .

---

(١) زيادة من المغني ٩: ٢٤٣.

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٧ : ٤٦٩ كتاب النفقات ، باب الرجل لا يجد نفقة امرأته.

ولأنه معنى يثبت الفسخ ولم يرد الشرع بالإنظار فيه[1] فوجب أن يثبت الفسخ في الحال كالعيب.

ولأن سبب الفسخ الإعسار وقد وجد فلا يلزم التأخير.

فصل

وإن لم يجد النفقة إلا يوماً بيوم فليس ذلك إعساراً يثبت به الفسخ؛ لأن ذلك هو الواجب عليه وقد قدر عليه وإن وجد في أول النهار ما يغديها وفي آخره ما يعشيها لم يكن لها الفسخ؛ لأنها تصل إلى كفايتها وما يقوم به بدنها وإن كان صانعاً يعمل في الأسبوع ما يبيعه في كل يوم بقدر كفايتها في الأسبوع كله لم يثبت الفسخ؛ لأن هذا يحصل الكفاية في جميع زمانه وإن تعذر عليه الكسب في بعض زمانه أو تعذر البيع لم يثبت الفسخ؛ لأنه يمكن الإقراض إلى زوال العارض وحصول الاكتساب وإن عجز عن الإقراض أياماً يسيرة لم يثبت الفسخ؛ لأن ذلك يزول عن قرب ولا يكاد يسلم منه كثير من الناس، وإن مرض مرضاً يرجى زواله في أيام يسيرة لم يفسخ لما ذكرناه وإن كان كذلك يطول فلها الفسخ؛ لأن الضرر الغالب يلحقها ولا يمكنها الصبر وكذلك إن كان لا يجد من النفقة إلا يوماً دون يوم فلها الفسخ؛ لأنها لا يمكنها الصبر على هذا ويكون بمثابة من لا يجد إلا بعض القوت وإن أعسر ببعض نفقة المعسر ثبت لها الخيار؛ لأن البدن لا يقوم بما دونها وإن أعسر بما زاد على نفقة المعسر فلا خيار لها؛ لأن تلك الزيادة تسقط بإعساره ويمكن الصبر عنها ويقوم البدن بما دونها وإن أعسر بنفقة الخادم لم يثبت لها خيار لما ذكرنا وكذلك إن أعسر بالأدم، وإن أعسر بالكسوة فلها الفسخ لأن الكسوة لا بد منها ولا يمكن الصبر عنها ولا يقوم البدن بدونها، وإن أعسر بأجرة المسكن ففيه وجهان:

أحدهما: لها الخيار؛ لأنه مما لا بد منه فهو كالنفقة والكسوة.

---

(١) زيادة من المغني ٩: ٢٤٤.

والثاني : لا خيار لها ؛ لأن البنية تقوم بدونه وهذا الوجه الذي ذكره القاضي . وإن أعسر بالنفقة الماضية لم يكن لها الفسخ ؛ لأنها دين يقوم البدن بدونها فأشبهت سائر الديون .

فصل

وإن امتنع من الإنفاق مع يساره فقدرت له على مال أخذت منه قدر حاجتها ولا خيار لها ؛ لأن النبي ﷺ أمر هنداً بالأخذ و لم يجعل لها الفسخ ، وإن لم تقدر رافعته إلى الحاكم فيأمره بالإنفاق ويجبره عليه فإن أبى حبسه فإن صبر على الحبس أخذ الحاكم النفقة من ماله فإن لم تجد إلا عروضاً أو عقاراً باعها في ذلك ، وبهذا قال مالك والشافعي وأبو يوسف ومحمد ؛ لقول النبي ﷺ لهند : « خذي ما يكفيك »[1] و لم يفرق .

ولأن ذلك مال له فتؤخذ منه النفقة كالدراهم والدنانير ، وللحكام ولاية عليه إذا امتنع بدليل ولايته على دراهمه ودنانيره وإن تعذرت النفقة في حال غيبته وله وكيل فحكم وكيله حكمه في المطالبة والأخذ من المال عند امتناعه وإن لم يكن له وكيل و لم تقدر المرأة على الأخذ أخذ لها الحاكم من ماله ويجوز بيع عقاره وعروضه في ذلك إذا لم يجد ما ينفق سواه وينفق على المرأة يوماً بيوم ، وبهذا قال الشافعي .

وإن غيب ماله وصبر على الحبس و لم يقدر الحاكم على مال يأخذه أو لم يقدر على أخذ النفقة من مال الغائب فلها الخيار في الفسخ في ظاهر قول الخرقي واختيار أبي الخطاب ، واختار القاضي أنها لا تملك الفسخ وهو ظاهر مذهب الشافعي ؛ لأن الفسخ في المعسر لعيب الإعسار و لم يوجد هاهنا .

ولأن الموسر في مظنة إمكان الأخذ من ماله ، وإذا امتنع في يوم فربما لا يمتنع في الغد بخلاف المعسر .

---

(١) سبق تخريجه ص: ١٨٨.

والأول المذهب ؛ لأن عمر كتب في رجال غابوا عن نسائهم فأمرهم أن ينفقوا أو يطلقوا وهذا إجبار على الطلاق عند الامتناع من الإنفاق .

ولأن الإنفاق عليها من ماله يتعذر فكان لها الخيار كحال الإعسار بل هذا أولى بالفسخ فإنه إذا جاز الفسخ على المعذور فعلى غيره أولى .

ولأن في الصبر ضرراً أمكن إزالته بالفسخ فوجبت إزالته .

ولأنه نوع تعذر يجوز الفسخ فلم يفترق الحال بين الموسر والمعسر كما إذا أدى ثمن المبيع فإنه لا فرق في جواز الفسخ بين أن يكون معسراً وبين أن يهرب قبل أداء الثمن ، وعيب الإعسار إنما جوز الفسخ لتعذر الإنفاق بدليل أنه لو افترض ما ينفق عليها أو تبرع له إنسان بدفع ما ينفقه لم تملك الفسخ وقولهم يحتمل أنه ينفق فيما بعد هذا قلنا وكذلك المعسر ويحتمل أن يغنيه الله وأن يقترض أو يعطي ما ينفقه فاستويا .

فصل

ومن وجبت عليه نفقة زوجته وكان له عليها دين فأراد أن يحتسب عليها بدينه مكان نفقتها فإن كانت موسرة فله ذلك ؛ لأن من عليه حق فله أن يقضيه من أي أمواله شاء ، وهذا من ماله ، وإن كانت معسرة لم يكن له ذلك ؛ لأن قضاء الدين إنما يجب في الفاضل من قوته ، وهذا لا يفضل عنها .

ولأن الله عز وجل أمر بإنظار المعسر بقوله : ﴿وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة﴾ [البقرة : ٢٨٠] فيجب إنظارها بما عليها .

مسألة : **(ويجبر الرجل على نفقة والديه وولده الذكور والإناث إذا كانوا فقراء وكان له ما ينفق عليهم)** .

الأصل في وجوب نفقة الوالدين والمولودين الكتاب والسنة والإجماع .

أما الكتاب فقول الله تعالى : ﴿فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن﴾ [الطلاق : ٦] أوجب أجر رضاع الولد على أبيه .

وقال تعالى : ﴿وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف﴾ [البقرة : ٢٣٣] .

وقال تعالى: ﴿وقضى ربك أن لا تعبدوا إلا إياه وبالوالدين إحسانًا﴾ [الإسراء:٢٣]. ومن الإحسان: الإنفاق عليهما عند حاجتهما.

وأما السنة؛ فقول النبي ﷺ لهند: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف»[١] متفق عليه.

وروت عائشة أن النبي ﷺ قال: «إن أطيب ما أكل الرجل من كسبه وإن ولده من كسبه»[٢]. رواه أبو داود والترمذي وحسنه.

وأما الإجماع فحكى ابن المنذر: أجمع أهل العلم على أن نفقة الوالدين الفقيرين الذين لا كسب لهما ولا مال واجبة في مال الولد. وأجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن على المرء نفقة أولاده الأطفال الذين لا مال لهم.

ولأن ولد الإنسان بعضه وهو بعض والده، فكما يجب عليه أن ينفق على نفسه وأهله كذلك على بعضه وأصله.

إذا ثبت هذا فإن الأم تجب نفقتها ويجب عليها أن تنفق على ولدها إذا لم يكن له أب وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي؛ لقول الله تعالى: ﴿وبالوالدين إحسانًا﴾ [الإسراء:٢٣].

وقال النبي ﷺ لرجل سأله: «من أبرُّ؟ قال: أمك ثم أمك ثم أمك ثم أباك ثم الأقرب فالأقرب»[٣] رواه أحمد وأبو داود والترمذي.

ولأنها أحد الوالدين فأشبهت الأب.

ولأن بينهما قرابة توجب رد الشهادة ووجوب العتق فأشبهت الأب. فإن أعسر الأب وجبت النفقة على الأم ولم ترجع بها عليه إن أيسر؛ لأن من وجب عليه الإنفاق بالقرابة لم يرجع به كالأب.

---

(١) سبق تخريجه ص: ١٨٨.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٣٥٢٨) ٣ : ٢٨٨ كتاب البيوع، باب في الرجل يأكل من مال ولده.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٣٥٨) ٣: ٦٣٩ كتاب الأحكام، باب ما جاء أن الوالد يأخذ من مال ولده.

(٣) أخرجه أبو داود في سننه (٥١٣٩) ٤: ٣٣٦ كتاب الأدب، باب في بر الوالدين.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٨٩٧) ٤: ٣٠٩ كتاب البر والصلة، باب ما جاء في بر الوالدين.
وأخرجه أحمد في مسنده (١٩٥٢٤) طبعة إحياء التراث.

فصل

ويجب الإنفاق على الأجداد والجدات وإن علوا وولد الولد وإن سفلوا وبهذا قال أبو حنيفة وأصحابه والشافعي ؛ لقول الله تعالى : ﴿وعلى الوارث مثل ذلك﴾ [البقرة :٢٣٣] .

ولأنه يدخل في مطلق اسم الولد والوالد بدليل أن الله تعالى قال : ﴿يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين﴾ [النساء :١١] فيدخل فيهم ولد البنين . وقال : ﴿ولأبويه لكل واحد منهما السدس مما ترك إن كان له ولد﴾ [النساء :١١] ، وقال : ﴿ملة أبيكم إبراهيم﴾ [الحج :٧٨] .

ولأن بينهما قرابة توجب العتق ورد الشهادة فأشبه الولد والوالد القريبين .

فصل

ويشترط لوجوب الإنفاق ثلاثة شروط :

أحدها : أن يكونوا فقراء لا مال لهم ولا كسب يستغنون به عن إنفاق غيرهم فإن كانوا موسرين بمال أو كسب يستغنون به فلا نفقة لهم ؛ لأنها تجب على سبيل المواساة والموسر مستغن عن المواساة .

والثاني : أن تكون لمن تجب عليه النفقة ما ينفق عليهم فاضلاً عن نفقة نفسه إما من ماله وإما من كسبه . فأما من لا يفضل عنه شيء فليس عليه شيء ؛ لما روى جابر أن النبي ﷺ قال : «إذا كان أحدكم فقيرًا فليبدأ بنفسه ، فإن فضل فعلى عياله ، فإن فضل فعلى قرابته»[1] .

وفي لفظ : «ابدأ بنفسك ثم بمن تعول»[2] حديث صحيح .

ولأنها مواساة فلا تجب على المحتاج كالزكاة .

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٣٩٥٧) ٤ : ٢٧ كتاب العتق ، باب في بيع المدبر.
وأخرجه النسائي في سننه (٤٦٥٣) ٧ : ٣٠٤ كتاب البيوع ، بيع المدبر.
وأخرجه أحمد في مسنده (١٤٢٨٧) ٣ : ٣٠٥.

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه (٩٩٧) ٢ : ٦٩٢ كتاب الزكاة ، باب الابتداء في النفقة بالنفس ثم أهله ثم القرابة.
بلفظ: «ابدأ بنفسك فتصدق عليها ، فإن فضل شيء فلأهلك».

الثالث : أن يكون المنفق وارثاً ؛ لقول الله تعالى : ﴿وعلى الوارث مثل ذلك﴾ [البقرة :٢٣٣] .

ولأن بين المتوارثين قرابة تقتضي كون الوارث أحق بمال الموروث من سائر الناس فينبغي أن يختص بوجوب صلته بالنفقة دونهم فإن لم يكن وارثاً لعدم القرابة لم تجب عليه النفقة لذلك ، وإن امتنع الميراث مع وجود القرابة لم يخل من ثلاثة أقسام :

الأول : أن يكون أحدهما رقيقاً فلا نفقة لأحدهما على صاحبه بغير خلاف ؛ لأنه لا ولاية بينهما ولا إرث فأشبها الأجنبيين .

ولأن العبد لا مال له فتجب عليه النفقة وكسبه لسيده ونفقته على سيده فيستغني بها عن نفقة غيره .

الثاني : أن يكون دينهما مختلفاً فلا نفقة لأحدهما على صاحبه وذكر القاضي في عمودي النسب روايتين :

إحداهما : تجب النفقة مع اختلاف الدين وهو مذهب الشافعي ؛ لأنها نفقة تجب مع إنفاق الدين فيجب مع اختلافه كنفقة الزوجة والمملوكة .

ولأنه يعتق على قريبه فيجب عليه الإنفاق عليه كما لو اتفق دينهما .

والأول المذهب ؛ لأنها مواساة على سبيل البر والصلة فلم تجب مع اختلاف الدين كنفقة غير عمودي النسب .

ولأنهما غير متوارثين فلم يجب لأحدهما على الآخر نفقته بالقرابة كما لو كان أحدهما رقيقاً ، ويفارق نفقة الزوجات ؛ لأنها عوض تجب مع الإعسار فلم ينافيها اختلاف الدين كالصداق والأجرة ، وكذلك تجب مع الرق فيهما أو في أحدهما ، وكذلك نفقة المماليك والعتق عليه يبطل بسائر ذوي الرحم المحرم فإنهم يعتقون مع اختلاف الدين ولا نفقة لهم معه .

ولأن النفقة صلة ومواساة[1] فلا تجب مع اختلاف الدين كأداء زكاته إليه وعقله عنه وإرثه منه .

الثالث : أن يكون القريب محجوباً عن الميراث بمن هو أقرب منه فينظر فإن كان الأقرب موسراً فالنفقة عليه ولا شيء على المحجوب به ؛ لأن الأقرب أولى بالميراث منه فيكون أولى بالإنفاق منه وإن كان الأقرب معسراً وكان من ينفق عليه من عمودي النسب وجبت نفقته على الموسر . وذكر القاضي في أب معسر وجد موسر أن النفقة على الجد ، وقال في أم معسرة وجدة موسرة النفقة على الجدة وقد قال أحمد : لا يدفع الزكاة إلى ولد ابنته ؛ لقول النبي ﷺ : « إن ابني هذا سيد »[2] فسماه ابنه وهو ابن ابنته ، وإذا منع من دفع الزكاة إليهم لقرابتهم يجب أن تلزمه نفقتهم عند حاجتهم وهذا مذهب الشافعي ، وإن كان من غير عمودي النسب لم تجب النفقة عليه إذا كان محجوباً . قال القاضي وأبو الخطاب في ابن فقير وأخ موسر : لا نفقة عليهما ؛ لأن الابن لا نفقة عليه لعسرته . والأخ لا نفقة عليه لعدم إرثه .

ولأن قرابته ضعيفة لا تمنع شهادته له فإذا لم يكن وارثاً لم تجب عليه النفقة كذوي الرحم ويتخرج في كل وارث لولا الحجب إذا كان من يحجبه معسراً وجهان :

أحدهما : لا نفقة عليه ؛ لأنه ليس بوارث أشبه الأجنبي .

والثاني : عليه النفقة ؛ لوجود القرابة المقتضية للإرث والإنفاق والمانع من الإرث لا يمنع من الإنفاق ؛ لأنه معسر لا يمكنه الإنفاق فوجوده بالنسبة إلى الإنفاق كعدمه .

---

(١) في الأصل: ومساواة. وما أثبتناه من المغني ٩: ٢٥٩.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٥٥٧) ٢: ٩٦٢ كتاب الصلح ، باب قول النبي ﷺ للحسن بن علي رضي الله عنهما: ابني هذا سيد...

فصل

وأما ذوو الأرحام الذين لا يرثون بفرض ولا تعصيب فإن كانوا من غير عموذي النسب فلا نفقة عليهم نص عليه أحمد فقال: الخالة والعمة لا نفقة عليهما. قال القاضي: لا نفقة لهم رواية واحدة وذلك لأن قرابتهم ضعيفة وإنما يأخذون ماله عند عدم الوارث فهم كسائر المسلمين فإن المال يصرف إليهم إذا لم يكن للميت وارث وذلك الذي يأخذه بيت المال ولذلك يقدم الرد عليهم. وقال أبو الخطاب: يتخرج فيهم رواية أخرى أن النفقة تلزمهم عند عدم العصبات وذوي الفروض؛ لأنهم وارثون في تلك الحال.

قال ابن أبي موسى: هذا يتوجه على معنى قوله والأول هو المنصوص عنه فأما عمود النسب فذكر القاضي ما يدل على أنه يجب الإنفاق عليهم سواء كانوا من ذوي الأرحام كأب الأم وابن البنت أو من غيرهم وسواء كانوا محجوبين أو وارثين وهذا مذهب الشافعي وذلك لأن قرابتهم قرابة جزئية وبعضية وتقتضي رد الشهادة وتمنع جريان القصاص على الوالد بقتل الولد وإن سفل فأوجبت النفقة على كل حال كقرابة الأب الأدنى.

فصل

ولا يشترط في وجوب النفقة للوالدين والمولودين نقص الخلقة ولا نقص الأحكام في ظاهر المذهب، وظاهر كلام الخرقي فإنه أوجب نفقتهم مطلقاً إذا كانوا فقراء وله ما ينفق عليهم. وقال القاضي: لا يشترط في الوالدين وهل يشترط ذلك في الولد؟ فكلام أحمد يقتضي روايتين:

إحداهما: تلزم نفقته؛ لأنه فقير.

والثانية: إن كان يكتسب فينفق على نفسه لم تلزم نفقته وهذا القول يرجع إلى أن الذي لا يقدر على كسب ما يقوم به تلزم نفقته رواية واحدة سواء كان ناقص الأحكام كالصغير والمجنون أو ناقص الخلقة كالزمن، وإنما الروايتان فيمن لا حرفة له ممن يقدر على الكسب بيديه.

مسألة : **(وكذلك الصبي إذا لم يكن له أب أجبر وارثه الذكور والإناث على نفقته على قدر ميراثهم منه)** .

ظاهر المذهب أن النفقة تجب على كل وارث لموروثه إذا اجتمعت الشروط الذي تقدم ذكرنا لها . وحكى ابن المنذر عن أحمد في الصبي المرضع لا أب له ولا جد نفقته وأجر رضاعه على الرجال دون النساء وكذلك روى بكر بن محمد عن أبيه عن أحمد النفقة على العصبات ؛ لما روي عن عمر أنه قضى على بني عم منفوس بنفقته . احتج به أحمد ، وقال ابن المنذر : روي عن عمر أنه حبس عصبة ينفقون على صبي الرجال دون النساء .

ولأنها مواساة ومعونة تختص القرابة فاختصت بالعصبات كالعقل .

والأول المذهب ؛ لقول الله تعالى : ﴿وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف . . . -ثم قال :- وعلى الوارث مثل ذلك﴾ [البقرة :٢٣٣] فأوجب على الأب نفقة الرضاع ثم عطف الوارث عليه فأوجب على الوارث مثل ما أوجب على الوالد .

وروي أن رجلاً سأل النبي ﷺ «من أبر ؟ قال : أمك وأباك وأختك وأخاك »[(١)] .

وفي لفظ : «ومولاك الذي هو أدناك . حقًا واجبًا ورحمًا موصولاً »[(٢)] . رواه أبو داود .

وهذا نص ؛ لأن النبي عليه السلام ألزمه الصلة والبر والنفقة من الصلة جعلها حقاً واجباً .

إذا ثبت هذا فإنه يختص بالوارث بفرض أو تعصيب ؛ لعموم الآية ولا يتناول ذوي الأرحام على ما مضى بيانه فإن كان اثنان يرث أحدهما الآخر ولا يرثه الآخر كالرجل مع عمته أو ابنة عمه أو ابنة أخيه والمرأة مع ابنة بنتها وابن بنتها فالنفقة على الوارث دون الموروث نص عليه أحمد ، وذكر أصحابنا رواية أخرى

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٥١٤٠) ٤ : ٣٣٦ كتاب الأدب ، باب في بر الوالدين.

(٢) تكملة للحديث السابق.

لا تجب النفقة على الوارث هاهنا ؛ لقول أحمد : العمة والخالة لا نفقة لهما إلا أن القاضي قال : هذه الرواية محمولة على العمة من الأم فإنه لا يرثها لكونه ابن أخيها من أمها وقد ذكر الخرقي أن على الرجل نفقة معتقه ؛ لأنه وارثه ومعلوم أن المعتق لا يرث معتقه ولا تلزمه نفقته . فعلى هذا يلزم الرجل نفقة عمته لأبويه أو لأبيه وابنة عمه وابنة أخيه كذلك ولا يلزمهن نفقته وهذا هو الصحيح لقول الله تعالى : ﴿وعلى الوارث مثل ذلك﴾ [البقرة :٢٣٣] وكل واحد من هؤلاء وارث .

مسألة : (**فإن كان للصبي أم وجد فعلى الأم ثلث النفقة وعلى الجد الثلثان**) .

أما إذا لم يكن للصبي أب فالنفقة على وارثه فإن كان له وارثان فالنفقة عليهما على قدر إرثهما منه وإن كانوا ثلاثة أو أكثر فالنفقة بينهم على قدر إرثهم منه ، فإذا كان له أم وجد فعلى الأم الثلث والباقي على الجد ؛ لأنهما يرثانه كذلك وبهذا قال أبو حنيفة ؛ لقول الله : ﴿وعلى الوارث مثل ذلك﴾ [البقرة :٢٣٣] والأم وارثة فكان عليها بالنص .

ولأنه معنى يستحق بالنسب فلم يختص به الجد دون الأم كالوارثة .

مسألة : (**وإذا كانت جدة وأخاً فعلى الجدة سدس النفقة والباقي على الأخ وعلى هذا المعنى حساب النفقات**) .

يعني : أن ترتيب النفقات على ترتيب الإرث فكما أن للجدة هاهنا سدس الميراث فعليها سدس النفقة وكما أن الباقي للأخ فكذلك الباقي من النفقة عليه وعند من لا يرى النفقة على غير عمودي النسب يجعل النفقة كلها على الجدة وهذا أصل قد سبق الكلام فيه فإن اجتمع بنت وأخت أو بنت وأخ أو بنت وعصبة أو أخت وعصبة أو أخت وعم أو بنت وبنت ابن أو أخت لأبوين وأخت لأب أو ثلاث أخوات متفرقات[1] فالنفقة بينهم على قدر الميراث في ذلك سواء

(١) في الأصل: مفترقات. وما أثبتناه من المغني ٩: ٢٦٨.

كان في المسألة رد أو عول أو لم يكن وعلى هذا تحسب ما أتاك من المسائل وإن اجتمع أم أم وأم أب فهما سواء في النفقة لاستوائهما في الميراث .

مسألة : (**وعلى المعتق نفقة معتقه إذا كان فقيراً ؛ لأنه وارثه**) .

هذا مبني على الأصل الذي تقدم وأن النفقة تجب على الوارث والمعتق وارث عتيقه فتجب عليه نفقته إذا كان فقيراً ولمولاه يسار ينفق عليه منه ؛ لقول الله تعالى : ﴿وعلى الوارث مثل ذلك﴾ [البقرة:٢٣٣] .

وقال النبي ﷺ : «أمك وأباك وأختك وأخاك ثم أدناك أدناك ، ومولاك الذي يلي ذاك حقًّا واجبًا ورحمًا موصولاً»[١] .

ولأنه يرثه بالتعصيب . فكانت عليه نفقته ؛ كالأب . ويشترط في وجوب الإنفاق عليه الشروط المذكورة في غيره .

مسألة : (**وإذا زوجت الأمة لزم زوجها أو سيده إن كان مملوكاً نفقتها**) .

أما زوج الأمة فلا يخلوا من أن يكون حراً أو عبداً أو بعضه حراً وبعضه عبداً فإن كان حراً فنفقتها عليه للنص واتفاق أهل العلم على وجوب نفقة الزوجات على أزواجهن البالغين والأمة داخلة في عمومهن .

ولأنها زوجة ممكنة من نفسها فوجب على زوجها نفقتها كالحرة وإن كان زوجها مملوكاً فالنفقة واجبة لزوجته لذلك . قال ابن المنذر : أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم على أن على العبد نفقة زوجته وهذا قول الحكم وأبي حنيفة وأصحابه والشافعي إذا بوأها بيتاً ؛ لأنها عوض واجب في النكاح فوجب على العبد كالمهر ، والدليل على أنها عوض أنها تجب في مقابلة التمكين ولهذا تسقط عن الحر بفوات التمكين .

إذا ثبت وجوبها على العبد فإنها تلزم سيده ؛ لأن السيد أذن في النكاح المفضي إلى إيجابها .

---

(١) سبق تخريجه ص: ٢٠٤.

وقال ابن أبي موسى : فيه رواية أخرى أنها تجب في كسب العبد ؛ لأنه لم يمكن إيجابها في ذمته ولا رقبته ولا ذمة سيده ولا إسقاطها فلم يبق إلا أن تتعلق بكسبه . وقال القاضي : تتعلق برقبته ؛ لأن الوطء في النكاح بمنزلة الجناية وأرش جناية العبد تتعلق برقبته يباع فيها أو يفديه سيده وهذا قول أبي حنيفة وأصحابه .

والمذهب الأول ؛ لأنه دين أذن السيد فيه فلزم ذمته كالذي استدانه وكيله . وقولهم أنه في مقابلة الوطء غير صحيح فإنه يجب من غير وطء ويجب للرتقاء والحائض والنفساء وزوجة المجبوب والصغير وإنما يجب بالتمكين وليس ذلك بجناية ولا قائم مقامها . وقول من قال إنه تعذر إيجابه في ذمة السيد غير صحيح فإنه لا مانع من إيجابه وقد ذكرنا وجود مقتضيه فلا معنى لدعوى التعذر .

مسألة : **(وإن كانت أمة تأوي بالليل عند الزوج وبالنهار عند المولى أنفق كل واحد منهما مدة مقامها عنده)** .

هذه المسألة قد تقدمت وذكرنا أن النفقة في مقابلة التمكين وقد وجد منها في الليل فيجب على الزوج النفقة فيه والباقي منها على السيد بحكم أنها مملوكته لم تجب لها نفقة على غيره في هذا الزمن ، فيكون على كل واحد منهما نصف النفقة وهذا أحد قولي الشافعي ؛ لأنه وجد التمكين الواجب بعقد النكاح فاستحقت النفقة كالحرة إذا أمكنت من نفسها في غير أوقات الصلوات المفروضات والصوم الواجب والحج المفروض ، وفارق الحرة إذا امتنعت في أحد الزمانين فإنها لم تبذل الواجب فتكون ناشزاً وهذه ليست ناشزاً ولا عاصية .

مسألة : **(وإن كان لها منه ولد لم يلزمه نفقة ولده حراً كان أو عبداً ونفقتهم على سيدهم)** .

يعني : الأمة ليس على زوجها نفقة ولده منها ؛ لأن ولد الأمة مملوك لسيدها فإن الولد يتبع أمه في الرق والحرية فتكون نفقتهم على سيدهم دون أبيهم فإن العبد أخص بسيده من أبيه ولذلك لا ولاية بينه وبين أبيه ولا ميراث ولا إنفاق وكل ذلك للسيد ، وقد روي عن أحمد رضي الله عنه أن ولد العربي يكون حراً وعلى أبيه فداؤه . فعلى هذا تكون نفقتهم عليه ، ولو أعتق الولد سيده أو عتق عتقه

بولادته أو تزوج الأمة على أنها حرة فولده منها أحرار وعلى أبيهم نفقتهم في هذه المواضع كلها إذا كان حراً وتحققت فيه شرائط الإنفاق .

مسألة : **(وليس على العبد نفقة ولده حرة كانت الزوجة أو أمة)** .

أما إذا كانت زوجة العبد حرة فولدها أحرار ؛ لأن الولد يتبع الأم في الرق والحرية وليس على العبد نفقة أقاربه الأحرار ؛ لأن نفقتهم تجب على سبيل المواساة وليس هو من أهلها ، وأما إذا كانت زوجته مملوكة فولدها عبيد لسيدها ؛ لأنهم يتبعونها فتكون نفقتهم على سيدهم .

مسألة : **(وعلى المكاتبة نفقة ولدها دون أبيه المكاتب)** .

أما المكاتب إذا كان له ولد لم يخل إما أن يكون من زوجته أو من أمته فإن كان من زوجته وكانت مكاتبة فولدها يتبعونها في الكتابة ويكونون موقوفين على كتابتها إن رقت رقوا وإن عتقت بالأداء عتقوا فتكون نفقتهم عليها مما في يديها ؛ لأنهم في حكم نفسها ونفقتها مما في يديها وكذلك على ولدها . وأما زوجها المكاتب فليس عليه نفقتهم ؛ لأنهم عبيد لسيد المكاتبة ، وإن كانت زوجته حرة أو أمة فقد بينا حكمهم ، وإن أراد المكاتب التبرع بالإنفاق على ولده وكان من أمة أو مكاتبة لغير سيده أو حرة لم يكن له ذلك ؛ لأن فيه تغريراً بمال سيده ، وإن كان من أمة لسيده جاز ؛ لأنه مملوك لسيده فهو ينفق عليه من المال الذي تعلق به حق سيده ، وإن كان من مكاتبة لسيده احتمل الجواز ؛ لأنه في الحال بمنزلة أمه وأمه مملوكة لسيدها . قال صاحب المغني : ويحتمل أن لا يجوز ؛ لأن فيه تغريراً إذ يحتمل أن يعجز هو وتؤدي المكاتبة فيعتق ولدها فيحصل الإنفاق عليه من مال سيده ويصير حراً .

مسألة : **(وعلى المكاتب نفقة ولده من أمته)** .

أما ولد المكاتب من أمته فنفقتهم عليه ؛ لأن ولده من أمته تابع له يرق برقه ويعتق بعتقه فجرى مجرى نفسه في النفقة فكما أن المكاتب ينفق على نفسه فكذلك على ولده الذي هذا حاله .

ولأن هذا الولد ليس له من ينفق عليه سوى أبيه فإن أمه أمة للمكاتب وليس له من الأحرار أقارب فيتعين على المكاتب الإنفاق عليه كأمه .

ولأنه لا ضرر على السيد في إنفاق المكاتب على ولده من أمته ؛ لأنه إن أدى وعتق فقد وفى مال الكتابة وليس للسيد أكثر منها وإن عجز ورق عاد إليه المكاتب وولده الذي أنفق عليه فكأنه إنما أنفق على عبده وتصير نفقته عليه كنفقته على سائر رقيقه . والله أعلم .

باب الحال التي تجب فيها النفقة على الزوج

مسألة : قال أبو القاسم رحمه الله : (**وإذا تزوج بامرأة مثلها يوطأ فلم تمنعه نفسها ولا منعه أولياؤها لزمته النفقة**) .

أما المرأة إذا فتستحق النفقة على زوجها بشرطين :

أحدهما : أن تكون كبيرة يمكن وطؤها فإن كانت صغيرة لا تحتمل الوطء فلا نفقة لها وبهذا قال الحسن وأبو حنيفة وأصحابه وهو المنصوص عن الشافعي ؛ لأن النفقة تجب بالتمكين من الاستمتاع ولا يتصور ذلك مع تعذر الاستمتاع فلم تجب نفقتها كما لو منعها أولياؤها من تسليم نفسها .

الشرط الثاني : أن تبذل التمكين التام من نفسها لزوجها فأما إن منعت نفسها أو منعها أولياؤها أو تساكتا بعد العقد فلم تبذل و لم تطلب فلا نفقة لها وإن أقاما زمناً فإن النبي ﷺ تزوج عائشة ودخلت عليه بعد سنتين و لم ينفق إلا بعد دخوله و لم يلتزم نفقتها لما مضى .

ولأن النفقة تجب في مقابلة التمكين المستحق بعقد النكاح فإذا وجد استحقت وإذا فقد لم تستحق شيئاً ولو بذلت تسليماً غير تام بأن تقول : أسلم إليك نفسي في منزلي دون غيره أو في الموضع الفلاني دون غيره لم تستحق شيئاً إلا أن يكون قد اشترطت ذلك في العقد ؛ لأنها لم تبذل التسليم الواجب بالعقد فلم تستحق النفقة كما لو قال البائع : أسلم إليك السلعة على أن تتركها في موضعها أو في مكان بعينه وإن شرطت دارها أو بلدها فسلمت نفسها في ذلك استحقت النفقة ؛ لأنها سلمت التسليم الواجب عليها ولذلك لو سلم السيد أمته المزوجة ليلاً دون النهار استحقت النفقة وفارق الحرة فإنها لو بذلت تسليم نفسها في بعض

الزمان لم تستحق شيئاً ؛ لأنها لم تسلم التسليم الواجب بالعقد وكذلك إن أمكنته من استمتاع ومنعته استمتاعاً لم تستحق شيئاً كذلك .

فصل

وإن غاب الزوج بعد تمكينها ووجوب نفقتها عليه لم تسقط عنه بل تجب عليه في زمن غيبته ؛ لأنها استحقت النفقة بالتمكين ولم يوجد منها ما يسقطها وإن غاب قبل تمكينها فلا نفقة لها عليه ؛ لأنه لم يوجد الموجب لها فإن بذلت التسليم وهو غائب لم تستحق نفقة ؛ لأنها بذلته في حال لا يمكنه التسليم فيه لكن إن مضت إلى الحاكم فبذلت التسليم كتب الحاكم إلى حاكم البلد الذي هو فيه ليستدعيه ويعلمه ذلك فإن سار إليها أو وكل من يسلمها إليه فوصل فتسلمها هو أو نائبه وجبت النفقة حينئذ وإن لم يفعل فرض الحاكم عليه نفقتها من الوقت الذي كان يمكن الوصول إليها وتسلمها فيه ؛ لأن الزوج امتنع من تسلمها مع إمكان ذلك وبذلها إياه له فلزمته نفقتها كما لو كان حاضراً وإن كانت الزوجة صغيرة يمكن وطؤها أو مجنونة فسلمت نفسها إليه فتسلمها لزمته نفقتها كالكبيرة وإن لم يتسلمها لمنعها نفسها أو منع أوليائها فلا نفقة عليه وإن غاب الزوج فبذل وليها تسليمها فهو كما لو بذلت المكلفة التسليم فإن وليها يقوم مقامها وإن بذلت هي دون وليها لم يفرض الحاكم النفقة لها ؛ لأنه لا حكم لكلامها .

مسألة : **(وإذا كانت بهذه الحال التي وصفت وزوجها صبي أجبر وليه. على نفقتها من مال الصبي فإن لم يكن له مال فاختارت فراقه فرق الحاكم بينهما)** .

يعني إذا كانت المرأة كبيرة يمكن الاستمتاع بها فمكنت من نفسها أو بذلت تسليمها ولم تمنع نفسها ولا منعها أولياؤها فعلى زوجها الصبي نفقتها وبهذا قال أبو حنيفة ومحمد بن الحسن والشافعي في أحد قوليه ، وقال في الآخر : لا نفقة لها وهو قول مالك وحكاه ابن أبي موسى عن أحمد ؛ لأن الزوج لا يتمكن من الاستمتاع بها فلم تلزمه نفقتها كما لو كانت غائبة أو صغيرة .

والمذهب الأول؛ لأنها سلمت نفسها تسليماً صحيحاً فوجبت لها النفقة كما لو كان الزوج كبيراً.

ولأن الاستمتاع بها ممكن وإنما تعذر من جهة الزوج فهو كما لو تعذر التسلم لمرضه أو غيبته، وفارق ما إذا غابت أو كانت صغيرة فإنها لم تسلم نفسها تسليماً صحيحاً و لم تبذل ذلك. فعلى هذا يجبر الولي على نفقتها من مال الصبي؛ لأن النفقة على الصبي وإنما الولي ينوب عنه في أداء الواجبات عليه كما يؤدي أرش جناياته وقيم متلفاته وزكواته. وإن لم يكن له مال فاختارت فراقه فرق الحاكم بينهما كما ذكرنا في حق الكبير فإن كان له مال وامتنع الولي من الإنفاق أجبره الحاكم بالحبس فإن لم ينفق أخذ الحاكم من مال الصبي وأنفق عليها فإن لم يمكنه وصبر الولي على الحبس وتعذر الإنفاق فرق الحاكم بينهما إذا طلبت ذلك على ما ذكرنا في حق الكبير وذكر القاضي في الكبير أنه لا يفرق بينهما فكذلك هاهنا؛ لأنهما سواء في وجوب الإنفاق عليهما فكذلك في أحكامه.

فصل

وإن بذلت الرتقاء أو الحائض أو النفساء أو النضوة الخلق التي لا يمكنه وطؤها أو المريضة تسليم نفسها لزمته نفقتها، وإن حدث بها شيء من ذلك لم تسقط نفقتها؛ لأن الاستمتاع ممكن ولا تفريط من جهتها، وإن منع من الوطء ويفارق الصغيرة فإن لها حالاً يتمكن من الاستمتاع بها فيها استمتاعاً تاماً، والظاهر أنه تزوجها انتظاراً لتلك الحال بخلاف هؤلاء وكذلك لو طلب تسليم هؤلاء وجب تسليمهن، ولو طلب تسليم الصغيرة لم يجب. فإن قيل فلو بذلت الصحيحة الاستمتاع بما دون الوطء لم تجب لها النفقة فكذلك هؤلاء. قلنا لأن تلك منعت فيما يجب عليها وهؤلاء لا يجب عليهن التمكين لما فيه ضرر فإن ادعت أن عليها ضرراً في وطئه لضيق فرجها أو قروح به ونحو ذلك وأنكره أريت امرأة ثقة وعمل بقولها وإن ادعت عبالة ذكره وعظمه جاز أن تنظر المرأة إليهما حال اجتماعهما؛ لأنه موضع حاجة ويجوز النظر إلى العورة للحاجة والشهادة.

مسألة : (**وإن طالب الزوج بالدخول وقالت : لا أسلم نفسي حتى أقبض صداقي كان ذلك لها ولزمته النفقة إلى أن يدفع إليها صداقها**) .

أما المرأة فلها أن تمنع نفسها حتى تتسلم صداقها ؛ لأن تسليم نفسها قبل تسليم صداقها يفضي إلى أن يستوفي منفعتها المعقود عليها بالوطء ثم لا يسلم صداقها فلا يمكنها الرجوع فيما استوفي منها بخلاف المبيع إذا تسلمه المشتري ثم أعسر بالثمن فإنه يمكنه الرجوع فيه فلهذا ألزمناه تسليم صداقها أولاً وجعلنا لها أن تمتنع من تسليم نفسها حتى تقبض صداقها ؛ لأنه إذا سلم إليها الصداق ثم امتنعت من تسليم نفسها أمكن الرجوع فيه .

إذا ثبت هذا فمتى امتنعت من تسليم نفسها لتقبض صداقها فلها نفقتها ؛ لأنها امتنعت لحق فلم تسقط نفقتها وإن تبرعت بتسليم نفسها فهل لها الامتناع بعد الدخول قال ابن حامد : لها ذلك ؛ لأنه امتناع من المعوض لأجل العوض فملكته كالامتناع قبل الدخول وقال ابن بطة : ليس لها المنع ؛ لأنها قد سلمت المعوض قبل تسليم العوض فلم تملك الاسترجاع كما لو سلم البائع المبيع إلى المشتري قبل قبض ثمنه لم يكن يملك استرجاعه كذلك هاهنا .

فصل

وإذا سافرت زوجته بغير إذنه سقطت نفقتها عنه ؛ لأنها ناشز ، وكذلك إن انتقلت من منزله بغير إذنه ، وإن سافرت بإذنه في حاجته فهي على نفقتها ؛ لأنها سافرت في شغله ومراده وإن كان في حاجة نفسها سقطت نفقتها ؛ لأنها فوتت التمكين لحظ نفسها وقضاء حاجتها فأشبه ما لو استنظرته قبل الدخول مدة فأنظرها إلا أن يكون مسافراً معها متمكناً من استمتاعها فلا تسقط نفقتها ؛ لأنها لم تفوت التمكين فأشبهت غير المسافرة . قال صاحب المغني : ويحتمل أن لا تسقط نفقتها ، وإن لم يكن معها ؛ لأنها مسافرة بإذنه أشبه ما لو سافرت في حاجته وسواء كان سفرها لتجارة أو حج تطوع أو زيارة ولو أحرمت بحج تطوع بغير إذنه سقطت نفقتها ؛ لأنها في معنى المسافرة ، وإن أحرمت به بإذنه فقال

القاضي: لها النفقة والصحيح أنها كالمسافرة؛ لأنها بإحرامها مانعة له من التمكين فهي كالمسافرة لحاجة نفسها على ما ذكرناه. وإن أحرمت بالحج الواجب أو العمرة الواجبة في الوقت الواجب من الميقات فلها النفقة؛ لأنها فعلت الواجب عليها بأصل الشرع في وقته فلم تسقط نفقتها كما لو صامت رمضان. وإن قدمت الإحرام على الميقات أو قبل الوقت خرج فيها من القول ما في المحرمة بحج التطوع؛ لأنها فوتت عليه التمكين[1] بشيء مستغنى عنه.

مسألة: (**وإذا طلق الرجل زوجته طلاقاً لا يملك فيه الرجعة فلا سكنى لها ولا نفقة إلا أن تكون حاملاً**).

أما إذا طلق الرجل امرأته طلاقاً بائناً فإما أن يكون ثلاثاً أو بخلع أو بانت بفسخ وكانت حاملاً فلها النفقة والسكنى بإجماع أهل العلم؛ لقول الله تعالى: ﴿أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن وإن كن أولاتِ حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن﴾ [الطلاق: ٦]، وفي بعض أخبار فاطمة بنت قيس: «لا نفقة لكِ، إلا أن تكوني حاملاً»[2].

ولأن الحمل ولده فيلزمه الإنفاق عليه، ولا يمكنه الإنفاق عليه إلا بالإنفاق عليها. فوجب؛ كما وجبت أجرة الرضاع. وإن كانت حائلاً فلا نفقة لها وفي السكنى روايتان:

إحداهما: لها ذلك وهو قول عمر وابنه وابن مسعود وعائشة وفقهاء المدينة السبعة ومالك والشافعي للآية.

والرواية الثانية: لا سكنى لها ولا نفقة وهي ظاهر المذهب وقول علي وابن عباس وجابر؛ لما روت فاطمة بنت قيس «أن زوجها طلقها البتة وهو غائب. فأرسل إليها وكيله بشعير فسخطته. فقال: والله ما لك علينا من شيء. فجاءت

(١) في الأصل: بالتمكين. وما أثبتناه من المغني ٩: ٢٨٧.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٢٢٩٠) ٢: ٢٨٧ كتاب الطلاق، باب في نفقة المبتوتة.
وأخرجه النسائي في سننه (٣٥٥٢) ٦: ٢١٠ كتاب الطلاق، نفقة الحامل المبتوتة.
وأخرجه أحمد في مسنده (٢٧٣٧٦) ٦: ٤١٥.

رسول الله ﷺ فذكرت ذلك له . فقال : ليس لك عليه نفقة ولا سكنى . فأمرها أن تعتد في بيت أم شريك»[1] . رواه أحمد وأبو داود والنسائي ومسلم بمعناه .

وفي لفظ : فقال رسول الله ﷺ : «انظري يا ابنة قيس . إنما النفقة للمرأة على زوجها ما كانت له عليها رجعة ، فإذا لم يكن له عليها الرجعة فلا نفقة ولا سُكنى»[2] . رواه أحمد والأثرم والحميدي وغيرهم .

قال ابن عبدالبر : من طريق الحجة وما يلزم منها قول أحمد بن حنبل ومن تابعه أصح وأحج ؛ لأنه ثبت عن النبي ﷺ نصًا صريحًا فأيّ شيء يعارض هذا إلا مثله عن النبي ﷺ؟ الذي هو المبين عن الله مراده ، ولا شيء يدفع ذلك . ومعلوم : أنه أعلم بتأويل قول الله تعالى : ﴿أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم﴾ [الطلاق : ٦] .

وقال أكثر فقهاء العراق منهم أبو حنيفة وأصحابه : لها السكنى والنفقة ؛ لأن ذلك يروى عن عمر وابن مسعود .

ولأنها مطلقة فوجبت لها السكنى والنفقة كالرجعية ، وردوا خبر فاطمة بنت قيس بما روي عن عمر أنه قال : لا ندع كتاب ربنا وسنة نبينا لقول امرأة لا ندري أصدقت أم كذبت . وقال عروة : لقد عابت عائشة ذلك أشد العيب وقالت : إنها كانت في مكان وحش فخيف على ناحيتها . ولا حجة فيما صاروا إليه لما ذكرنا ، وأما مخالفة الكتاب فإن فاطمة لما أنكروا عليها قالت : بيني وبينكم كتاب الله قال الله تعالى : ﴿لا تدري لعل الله يحدث بعد ذلك أمرًا﴾ [الطلاق : ١] فأي أمر يحدث بعد الثلاث .

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (١٤٨٠) ٢ : ١١١٤ كتاب الطلاق ، باب المطلقة ثلاثا لا نفقة لها.
وأخرجه أبو داود في سننه (٢٢٨٤) ٢ : ٢٨٥ كتاب الطلاق ، باب في نفقة المبتوتة.
وأخرجه النسائي في سننه (٣٢٤٥) ٦ : ٧٥ كتاب النكاح، باب إذا استشارت المرأة رجلاً فيمن يخطبها هل يخبرها بما يعلم.
وأخرجه أحمد في مسنده (٢٦٧٧٥) طبعة إحياء التراث.

(٢) أخرجه أحمد في مسنده (٢٧٣٨٩) ٦ : ٤١٦.

وأما قول عمر ومن وافقه فقد خالفه علي وابن عباس ومن وافقهما والحجة معهم ولو لم يخالفه أحد منهم لما قبل قوله المخالف لقول رسول ا لله ﷺ فإن قول رسول ا لله ﷺ حجة على عمر وعلي ولم يصح عن عمر أنه قال : لا ندع كتاب ربنا وسنة نبينا لقول امرأة فإن أحمد أنكره وقال : أما هذا فلا ولكن قال : لا نقبل في ديننا قول امرأة لا ندري أحفظت أم نسيت وهذا أمر يرده الإجماع على قبول قول المرأة في الرواية فأي حجة في شيء يخالفه الإجماع وترده السنة ويخالفه فيه علماء الصحابة . قال إسماعيل بن إسحاق نحن نعلم أن عمر لا يقول : لا ندع كتاب ربنا إلا لما هو موجود في كتاب ا لله والذي في الكتاب أن لها النفقة إذا كانت حاملاً ؛ لقوله تعالى : ﴿وإن كن أولاتِ حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن﴾ [الطلاق:٦] وأما غير ذوات الحمل فلا يدل الكتاب إلا على أنهن لا نفقة لهن لإشتراط الحمل في الأمر بالإنفاق .

ولأن هذه محرمة عليه تحريماً لا تزيله الرجعة فلم يكن لها سكنى ولا نفقة كالملاعنة أو كالأجنبية وفارقت الرجعية في ذلك ، وأما الرجعية فلها السكنى والنفقة للآية والخبر والإجماع .

ولأنها زوجة يلحقها طلاقه وظهاره وإيلاؤه .

فصل

وأما المعتدة من الوفاة فإن كانت حائلاً فلا سكنى لها ولا نفقة ؛ لأن النكاح قد زال بالموت وإن كانت حاملاً ففيها روايتان :

إحداهما : لها السكنى والنفقة في تركة الميت مقدماً على الإرث ؛ لأنها حامل من زوجها فكانت لها السكنى والنفقة كالمفارقة في الحياة .

والثانية : لا سكنى لها ولا نفقة ؛ لأن المال قد صار للورثة ونفقة الحامل وسكناها إنما هو للحمل أو من أجله ولا يلزم ذلك الورثة ؛ لأنه إن كان للميت ميراث فنفقة الحمل من نصيبه ، وإن لم يكن له ميراث لم يلزم وارث الميت الإنفاق على حمل امرأته كما بعد الولادة قال القاضي : وهذه الرواية أصح .

فصل

وهل تجب نفقة الحامل للحامل من أجل الحمل أو للحمل فيه روايتان :

إحداهما : تجب للحمل اختارها أبو بكر ؛ لأنها تجب بوجوده وتسقط عند انفصاله فدل على أنها له .

والثانية : تجب لها من أجله ؛ لأنها تجب مع اليسار والإعسار فكانت لها كنفقة الزوجات .

ولأنها لا تسقط بمضي الزمان فأشبهت نفقتها في حياته وللشافعي قولان كالروايتين ، وينبني على هذا الاختلاف فروع منها أنها إذا كانت المطلقة الحامل أمة وقلنا النفقة للحمل فنفقتها على سيدها ؛ لأنه ملكه ، وإن قلنا لها فعلى الزوج ؛ لأن نفقتها عليه وإن كان الزوج عبداً وقلنا هي للحمل فليس عليه نفقته ؛ لأنه لا يلزمه نفقة ولده ، وإن قلنا لها فالنفقة عليه لما ذكرنا ، وإن كانت حاملاً من نكاح فاسد أو وطء شبهة وقلنا النفقة للحمل فعلى الزوج والواطئ ؛ لأنه ولده فتلزمه نفقته كما بعد الوضع ، وإن قلنا للحامل فلا نفقة عليه ؛ لأنها ليست زوجة يجب الإنفاق عليها ، وإن نشزت امرأة إنسان وهي حامل وقلنا النفقة للحمل لم تسقط نفقتها ؛ لأن نفقة ولده لا تسقط بنشوز أمه ، وإن قلنا لها فلا نفقة لها ؛ لأنها ناشز .

مسألة : **(وإذا خالعت المرأة زوجها وأبرأته من حملها لم يكن لها نفقة ولا للولد حتى تفطمه)** .

أما إذا خالعته و لم تبرئه من حملها فلها النفقة كما لو طلقها ثلاثاً وهي حامل ؛ لأن الحمل ولده فعليه نفقته وإن أبرأته من الحمل عوضاً في الخلع صح سواء كان العوض كله أو بعضه ، ويبرأ حتى تفطمه إذا كانت قد أبرأته من نفقة الحمل وكفالة الولد إلى ذلك أو أطلقت البراءة من نفقة الحمل وكفالته ؛ لأن البراءة المطلقة تنصرف إلى المدة التي تستحق المرأة العوض عليه فيها وهي مدة الحمل والرضاع ؛ لأن المطلق إذا كان له عرف انصرف إلى العرف ، وإن اختلفا في مدة الرضاع انصرف إلى حولين ؛ لقوله سبحانه : ﴿وفصاله في عامين﴾ [لقمان : ١٤]

وقال تعالى : ﴿والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة -ثم قال- : فإن أرادا فصالاً عن تراض منهما وتشاور فلا جناح عليهما﴾ [البقرة :٢٣٣] فدل على أنه لا يجوز فصاله قبل العامين إلا بتراض منهما وتشاور وإن قدرا مدة البراءة بزمن الحمل أو بعام أو نحو ذلك فهو على ما قدراه وهو أحسن ؛ لأنه أقطع للنزاع وأبعد من اللبس والاشتباه ولو أبرأته من نفقة الحمل انصرف ذلك إلى زمن الحمل قبل وضعه قال القاضي : إنما صح مخالعتها على نفقة الولد وهي للولد دونها ؛ لأنها في حكم المالكة لها ؛ لأنها هي القابضة لها المستحقة لها المتصرفة فيها فإنها في مدة الحمل هي الآكلة لها المنتفعة بها وبعد الولادة هي أجر رضاعها له وهي الآخذة لها المتصرفة فيها أيضاً فصارت كملك من أملاكها فصح جعلها عوضاً ، وأما النفقة الزائدة على هذا من كسوة الطفل ودهنه ونحو ذلك فلا يصح أن تعاوض به في الخلع ؛ لأنه ليس هو لها ولا هو في حكم ما هو لها .

مسألة : **(والناشز لا نفقة لها فإن كان لها منه ولد أعطاها نفقة ولدها)** .

معنى النشوز معصيتها لزوجها فيما له عليها مما أوجبه له النكاح وأصله من الارتفاع مأخوذ من النشز وهو المكان المرتفع فكأن الناشز ارتفعت عن طاعة زوجها فسميت ناشزاً ، فمتى امتنعت من فراشه أو خرجت من منزله بغير إذنه أو امتنعت من الانتقال معه إلى مسكن مثلها أو من السفر معه فلا نفقة لها ولا سكنى في قول عامة أهل العلم منهم الأئمة الأربعة ولا نعلم عن غيرهم خلافاً إلا ما حكي عن الحكم أن لها النفقة قال ابن المنذر : لا أعلم أحداً خالف هؤلاء إلا الحكم ولعله يحتج بأن نشوزها لا يسقط مهرها فكذلك نفقتها ، وهذا ليس بشيء ؛ لأن النفقة إنما تجب في مقابلة تمكينها بدليل أنها لا تجب قبل تسليمها إليه وإذا منعها النفقة كان لها منعه التمكين فإذا منعته التمكين كان له منعها من النفقة كما قبل الدخول ، ويخالف المهر فإنه يجب بمجرد العقد وكذلك لو مات أحدهما قبل الدخول وجب المهر دون النفقة فأما إذا كان له منها ولد فعليه نفقة ولده ؛ لأنها واجبة له فلا يسقط حقه بمعصيتها كالكبير وعليه أن يعطيها إياها إذا كانت

هي الحاضنة له أو المرضعة له وكذلك أجر رضاعها يلزمه تسليمه إليها ؛ لأنه أجر ملكته عليه بالإرضاع لا في مقابلة الاستمتاع فلا يزول بزواله . والله أعلم .

باب من أحق بكفالة الطفل

كفالة الطفل وحضانته واجبة ؛ لأنه يهلك بتركه فيجب حفظه عن الهلاك كما يجب الإنفاق عليه وإنجاؤه من المهالك ويتعلق بها حق لقرابته ؛ لأن فيها ولاية على الطفل واستحقاقاً[1] له فيتعلق بها الحق ككفالة اللقيط . ولا تثبت الحضانة لطفل ولا معتوه ؛ لأنه لا يقدر عليها وهو محتاج إلى من يكفله فكيف يكفل غيره؟ ولا لفاسق ؛ لأنه غير موثوق به في أداء الواجب من الحضانة ولا حظ للولد في حضانته ؛ لأنه ينشأ عن طريقته . ولا لرقيق ؛ لأنه لا يملك منافعه التي تحصل الكفالة له بها لكونه مملوكاً لسيده فلم يكن له حضانة ، ولا تثبت لكافر على مسلم وبهذا قال مالك والشافعي ؛ لأنها ولاية فلا تثبت لكافر على مسلم كولاية النكاح والمال .

ولأنها إذا لم تثبت للفاسق فالكافر أولى فإن ضرره أكثر فإنه يفتنه عن دينه ويخرجه عن الإسلام بتعلمه الكفر وتزيينه عليه وهذا أعظم الضرر . والحضانة إنما تثبت لحظ الولد فلا تشرع على وجه يكون فيه هلاكه وهلاك دينه .

مسألة : قال أبو القاسم رحمه الله : **(والأم أحق بكفالة الطفل والمعتُوه إذا طَلُقَت)** .

أما الزوجان إذا افترقا ولهما ولد طفل أو معتوه فأمه أولى الناس بكفالته إذا كملت الشرائط فيها ذكراً كان أو أنثى وهذا قول الزهري وأبي حنيفة وأصحابه ومالك والشافعي ولا نعلم أحداً خالفهم .

والأصل فيه ما روى عبدالله بن عمرو بن العاص «أن امرأة قالت : يا رسول الله! إن ابني هذا كان بطني له وعاء ، وثديي له سقاء ، وحجري له حواء . وإن

(١) في الأصل: واستصحاباً. وما أثبتناه من المغني ٩: ٢٩٧.

أباه طلقني وأراد أن ينتزعه مني. فقال رسول الله ﷺ: أنتِ أحق به ما لم تنكحي»[1]. رواه أحمد وأبو داود.

ويروى «أن أبا بكر الصديق حكم على عمر بن الخطاب بعاصم لأمه أم عاصم وقال: ريحُها وشمُّها ولُطْفُها خيرٌ له منك»[2]. رواه سعيد في سننه.

ولأنها أقرب إليه وأشفق عليه ولا يشاركها في القرب إلا أبوه، وليس له مثل شفقتها ولا يتولى الحضانة بنفسه وإنما يدفعه إلى امرأته، وأمه أولى به من امرأته.

فصل

ولا تثبت الحضانة إلا على الطفل أو المعتوه فأما البالغ الرشيد فلا حضانة عليه وإليه الخيرة في الإقامة عند من شاء من أبويه وإن كان رجلاً فله الانفراد بنفسه لاستغنائه عنهما ويستحب أن لا ينفرد عنهما ولا يقطع بره عنهما. وإن كانت جارية لم يكن لها الانفراد ولأبيها منعها منه؛ لأنه لا يؤمن أن يدخل عليها من يفسدها ويلحق العار بها وبأهلها وإن لم يكن لها أب فلوليها وأهلها منعها من ذلك.

مسألة: **(وإذا بلغ الغلام سبع سنين خير بين أبويه فكان مع من اختار منهما)**.

أما الغلام إذا بلغ سبعاً وليس بمعتوه خير بين أبويه إذا تنازعا فيه فمن اختاره منهما فهو أولى به قضى بذلك عمر وعلي وشريح وهو مذهب الشافعي؛ لما روى أبو هريرة «أن النبي ﷺ خيَّر غلامًا بين أبيه وأمه»[3]. رواه أحمد وابن ماجة والترمذي وصححه.

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٢٢٧٦) ٢: ٢٨٣ كتاب الطلاق، باب من أحق بالولد.
وأخرجه أحمد في مسنده (٦٦٦٨) طبعة إحياء التراث.

(٢) أخرجه سعيد بن منصور في سننه (٢٢٧٢) ٢: ١٠٩ كتاب الطلاق، باب الغلام بين الأبوين أيهما أحق به.

(٣) أخرجه الترمذي في جامعه (١٣٥٧) ٣: ٦٣٨ كتاب الأحكام، باب ما جاء في تخيير الغلام بين أبويه إذا افترقا.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٣٥١) ٢: ٧٨٧ كتاب الأحكام، باب تخيير الصبي بين أبويه.

وفي رواية: «أن امرأة جاءت فقالت: يا رسول الله! إن زوجي يريد أن يذهب بابني وقد سقاني من بئر أبي عنبة وقد نفعني. فقال رسول الله ﷺ: استهما عليه فقال زوجها: من يحاقّني في ولدي فقال النبي ﷺ: هذا أبوك وهذه أمك فخذ بيد أيهما شئت. فأخذ بيد أمه فانطلقت به»[1]. رواه أبو داود وكذلك النسائي ولم يذكر فيه فقال: «استهما عليه».

ولأحمد معناه لكنه قال فيه: «جاءت امرأة وقد طلقها زوجها»[2] ولم يذكر فيه قولها: «وقد سقاني ونفعني».

ولأنه إجماع الصحابة وروي عن عمارة الجرمي أنه قال: «خيرني علي بين عمي وأمي وكنت ابن سبع سنين أو ثمان»[3].

وهذه قصص في مظنة الشهرة ولم تنكر فكانت إجماعاً.

ولأن التقديم في الحضانة لحق الولد فيقدم من هو أشفق؛ لأن حظ الولد عنده أكثر واعتبرنا الشفقة بمظنتها إذا لم يكن اعتبارها بنفسها. فإذا بلغ الغلام حدًا يعرب عن نفسه ويميز بين الإكرام وضده فمال إلى أحد الأبوين دلَّ على أنه أرفق به وأشفق عليه فقدم بذلك. وقيدناه بالسبع؛ لأنها أول حال أمر الشرع فيها بمخاطبته بالأمر بالصلاة.

ولأن الأم قدمت في حال الصغر؛ لحاجته إلى حمله ومباشرة خدمته؛ لأنها أعرف بذلك وأقوم به. فإذا استغنى عن ذلك تساوى والداه لقربهما منه. فرجح باختياره.

⇦

وأخرجه أحمد في مسنده (٩٤٧٩) طبعة إحياء التراث.

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٢٢٧٧) ٢ : ٢٨٣ كتاب الطلاق، باب من أحق بالولد.
وأخرجه النسائي في سننه (٣٤٩٦) ٦: ١٨٥ كتاب الطلاق، إسلام أحد الزوجين وتخيير الولد.

(٢) أخرجه أحمد في مسنده (٩٤٧٩) طبعة إحياء التراث.

(٣) أخرجه سعيد بن منصور في سننه، (٢٢٧٩) ٢ : ١١١ باب الغلام بين الأبوين أيهما أحق به. بلفظ: «أنا الذي خيره علي رضي الله عنه بين أمه وعمه».
وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٨ : ٤ كتاب النفقات، باب الأبوين إذا افترقا... بلفظ: «خيرني علي بين أمي وعمي، ثم قال لأخ أصغر مني: وهذا أيضاً لو قد بلغ مبلغ هذا لخيرته».

ومتى اختار أحدهما فسلم إليه ثم اختار الآخر رد إليه فإن عاد فاختار الأول أعيد إليه هكذا أبداً كلما اختار أحدهما صار إليه ؛ لأنه اختيار شهوة لحظ نفسه فاتبع ما يشتهيه كما يتبع ما يشتهيه في المأكول والمشروب وقد يشتهي المقام عند أحدهما في وقت وعند الآخر في وقت وقد يشتهي التسوية بينهما وأن لا ينقطع عنهما ، وإن خيرناه فلم يختر واحداً منهما أو اختارهما معاً قدم أحدهما بالقرعة ؛ لأنه لا مزية لأحدهما على صاحبه ولا يمكن اجتماعهما على حضانته فقدم أحدهما بالقرعة فإذا قدم بها ثم اختار الآخر رد إليه ؛ لأنا قدمنا اختياره الثاني على الأول فعلى القرعة التي هي بدل أولى .

مسألة : **(وإذا بلغت الجارية سبع سنين فالأب أحق بها)** .

لأن الغرض بالحضانة الحظ والحظ للجارية بعد السبع في الكون عند أبيها ؛ لأنها تحتاج إلى حفظ والأب أولى بذلك فإن الأم تحتاج إلى من يحفظها ويصونها .

ولأنها إذا بلغت السبع قاربت الصلاحية للتزويج ، وقد تزوج النبي ﷺ عائشة وهي ابنة سبع وإنما تخطب الجارية من أبيها ؛ لأنه وليها والمالك لتزويجها وهو أعلم بالكفاءة وأقدر على البحث فينبغي أن يقدم على غيره ولا يصار إلى تخييرها ؛ لأن الشرع لم يرد به فيها ولا يصح قياسها على الغلام ؛ لأنه لا يحتاج إلى الحفظ والتزويج كحاجتها إليه .

فصل

إذا كانت الجارية عند الأم أو عند الأب فإنها تكون عنده ليلاً ونهاراً ؛ لأن تأديبها وتخريجها في داخل البيت من تعليمها الغزل والطبخ وغيرهما ولا حاجة بها إلى الإخراج منه ولا يمنع أحدهما من زيارتها عند الآخر من غير أن يخلو الزوج بأمها ولا يطيل ولا ينبسط ؛ لأن الفرقة بينهما تمنع انبساط أحدهما في منزل الآخر ، وإن مرضت فالأم أحق بتمريضها في بيتها ، وإن كان الغلام عند الأم بعد السبع لاختياره لها كان عندها ليلاً ويأخذه الأب نهاراً ليسلمه في مكتب أو صناعة ؛ لأن القصد حظ الغلام وحظه مما ذكرنا ، وإن كان عند الأب كان عنده

ليلاً ونهاراً ولا يمنع من زيارة أمه ؛ لأن منعه من ذلك إغراء بالعقوق وقطيعة الرحم وإن مرض كانت الأم أحق بتمريضه في بيتها ؛ لأنه صار بالمرض كالصغير في الحاجة إلى من يقوم بأمره فكانت الأم أحق به كالصغير وإن مرض أحد الأبوين والولد عند الآخر لم يمنع من عيادته وحضوره عند موته سواء كان ذكراً أو أنثى ؛ لأن المرض يمنع المريض من المشي إلى ولده فمشي ولده إليه أولى . وأما في حال الصحة فإن الغلام يزور أمه ؛ لأنها عورة فسترها أولى . والأم تزور ابنتها ؛ لأن كل واحدة منهما عورة تحتاج إلى صيانة وستر ، وستر الجارية أولى ؛ لأن الأم قد تخرجت وعقلت بخلاف الجارية .

فصل

وإذا أراد أحد الأبوين السفر لحاجة ثم يعود والآخر مقيم فالمقيم أولى بالحضانة ؛ لأن في المسافرة بالولد إضراراً به وإن كان منتقلاً إلى بلد ليقيم به وكان الطريق مخوفاً أو البلد الذي ينتقل إليه مخوفاً فالمقيم أحق به ؛ لأن في السفر به خطراً ، ولو اختار الولد السفر في هذه الحال لم يجب إليه ؛ لأن فيه تغريراً به . وإن كان البلد الذي ينتقل إليه آمناً وطريقه آمناً فالأب أحق به سواء كان هو المقيم أو المنتقل إلا أن يكون بين البلدين قريب بحيث يراهم الأب كل يوم ويرونه فتكون الأم على حضانتها . وقال القاضي : إذا كان السفر دون مسافة القصر فهو في حكم الإقامة وهو قول بعض الشافعية ؛ لأن ذلك في حكم الإقامة في غير هذا الحكم فكذلك في هذا .

ولأن مراعاة الأب له ممكنة والمنصوص عن أحمد ما ذكرناه وهو أولى ؛ لأن البعد الذي يمنعه من رؤيته يمنعه من تأديبه وتعليمه ومراعاة حاله فأشبه مسافر القصر ، وبما ذكرناه من تقديم الأب عند افتراق الدار بهما قال شريح ومالك والشافعي .

مسألة : **(فإن لم يكن أم أو تزوجت الأم فأم الأب أحق من الخالة)** .

النظر في هذه المسألة في حكمين :

الأول : أن الأم إذا تزوجت سقطت حضانتها بغير خلاف بين أهل العلم حكاه ابن المنذر .

ونقل مهنا عن أحمد إذا تزوجت الأم وابنها صغير أخذ منها ، قيل له فالجارية مثل الغلام ؟ قال : لا ، الجارية تكون معها إلى سبع سنين فظاهر هذا أنه لم يزل الحضانة عن الجارية لتزويج أمها وأزالها عن الغلام .

ووجه ذلك ما روي « أن علياً وجعفراً وزيد بن حارثة تنازعوا في حضانة ابنة حمزة فقال علي : أنا أحق بها هي ابنة عمي . وقال جعفر : بنت عمي وخالتها تحتي . وقال زيد : ابنة أخي فقضى رسول الله ﷺ بها لخالتها وقال : الخالةُ بمنزلة الأم »[1] متفق عليه .

ورواه أيضاً أحمد من حديث علي وفيه : « والجارية عند خالتها فإن الخالة والدة »[2] ، فجعل لها الحضانة وهي مزوجة .

والمذهب الأول قال ابن أبي موسى : وعليه العمل ؛ لقول رسول الله ﷺ للمرأة : «أنت أحق به ما لم تنكحي»[3] .

ولأنها إذا تزوجت اشتغلت بحقوق الزوج عن الحضانة فكان الأب أحظ له .

ولأن منافعها تكون مملوكة لغيرها . وأما بنت حمزة فإنما قضى بها لخالتها ؛ لأن زوجها من أهل الحضانة .

ولأنه لا يساويه في الاستحقاق إلا علي وقد ترجح جعفر بأن امرأته من أهل الحضانة فكان أولى .

وعلى هذا متى كانت المرأة متزوجة للرجل من أهل الحضانة كالجدة تكون متزوجة للجد لم تسقط حضانتها ؛ لأنه يشاركها في الولادة والشفقة على الولد فأشبه الأم إذا كانت متزوجة للأب ، ولو تنازع العمان في الحضانة وأحدهما متزوج للأم أو الخالة فهو أحق لحديث بنت حمزة وكذلك كل عصبتين تساويا

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٥٥٢) ٢: ٩٦٠ كتاب الصلح ، باب كيف يكتب: هذا ما صالح فلان بن فلان... ولم أقف عليه عند مسلم.

(٢) أخرجه أحمد في مسنده (٧٧٢) طبعة إحياء التراث.

(٣) سبق تخريجه ص: ٢٢١.

وأحدهما متزوج بمن هي من أهل الحضانة قدم بها لذلك . وظاهر قول الخرقي أن التزويج بأجنبي يسقط الحضانة بمجرد العقد وإن عري عن الدخول وهو قول الشافعي . قال صاحب المغني : ويحتمل أن لا تسقط إلا بالدخول وهو قول مالك ؛ لأن به تشتغل عن الحضانة .

ووجه الأول قول النبي ﷺ : « أنت أحق به ما لم تنكحي »[1] وقد وجد النكاح قبل الدخول ؛ لأن بالعقد تملك منافعها ويستحق زوجها منعها من حضانته فزال حقها كما لو دخل بها .

الحكم الثاني : أن الأم إذا عدمت أو تزوجت أو لم تكن من أهل الحضانة واجتمعت أم أب وخالة فأم الأب أحق وبه قال أبو حنيفة والشافعي في الجديد ، وعن أحمد أن الأخت والخالة أحق من الأب .

فعلى هذا يحتمل أن تكون الخالة أحق من أم الأب وهو قول الشافعي القديم ؛ لأنها تدلي بأم وأم الأب تدلي به فقدم من يدلي بالأم كتقديم أم الأم على أم الأب .

و « لأن النبي ﷺ قضى ببنت حمزة لخالتها وقال : الخالة أم »[2] .

والأول المذهب ؛ لأن أم الأب جدة وارثة فقدمت على الخالة كأم الأم .

ولأن لها ولادة ووراثة فأشبهت أم الأم ، وأما الحديث فيدل على أن للخالة حقاً في الجملة وليس النزاع فيه إنما النزاع في الترجيح عند الاجتماع ، وقولهم : تدلي بأم قلنا : لكن لا ولادة لها فيقدم عليها من له ولادة كتقديم أم الأم على الخالة .

فعلى هذا متى وجدت جدة وارثة فهي أولى ممن هو من غير عمودي النسب بكل حال وإن علت درجتها لفضيلة الولادة والوراثة وأما أم أبي الأم فلا حضانة لها ؛ لأنها تدلي بأبي الأم ولا حضانة له ولا لمن أدلى به .

مسألة : **(والأخت من الأب أحق من الأخت من الأم وأحق من الخالة)** .

---

(١) سبق تخريجه ص: ٢٢١.

(٢) سبق قريبا.

أما إذا عدم من يستحق الحضانة من الآباء والأمهات وإن علوا انتقلت إلى الأخوات وقدمن على سائر القرابات كالخالات والعمات وغيرهن ؛ لأنهن شاركن في النسب وقدمن في الميراث .

ولأن العمات والخالات إنما يدلين بأخوة الآباء والأمهات ولا ميراث لهن مع ذي فرض ولا عصبة فالمدلي إلى نفس المكفول ويرثه أقرب وأشفق فكان أولى . وأولى الأخوات من كان لأبوين لقوة قرابتها ثم من كان لأب ثم من كان لأم نص عليه أحمد وهو ظاهر مذهب الشافعي ؛ لأن الأخت من الأب أقوى في الميراث فقدمت كالأخت من الأبوين ولا تخفى قوتها فإنها أقيمت مقام الأخت من الأبوين عند عدمها وتكون عصبة مع البنات وتقاسم الجد .

مسألة : **(وخالة الأب أحق من خالة الأم)** .

أما إذا عدمت الأمهات والآباء والأخوات انتقلت الحضانة إلى الخالات ويقدمن على العمات . نص عليه أحمد ويحتمل كلام الخرقي تقديم العمات ؛ لأنه قدم خالة الأب وهي أخت أمه على خالة الأم وهي أخت أمها فيدل ذلك على تقديم قرابة الأب على قرابة الأم .

ولأنهن يدلين بعصبة فقدمن كتقديم الأخت من الأب على الأخت من الأم .

وقال القاضي : مراد الخرقي بقوله : خالة الأب أي الخالة من الأب تقدم على الخالة من الأم كتقديم الأخت من الأب على الأخت من الأم ؛ لأن الخالات أخوات الأم فيجرين في الاستحقاق والتقديم فيما بينهن مجرى الأخوات المفترقات وكذلك الحكم في العمات المفترقات ، وإن قلنا بتقديم الخالات فإذا انقرضن فالعمات بعدهن ، وإن قلنا بتقديم العمات فالخالات بعدهن ، فإذا عدمن انتقلت إلى خالات الأب على قول الخرقي وعلى القول الآخر إلى خالات الأم ، وهل يقدمن خالات الأب على عماته؟ على وجهين بناء على ما ذكرنا في الخالات

والعمات[1]، وأما عمات الأم فلا حضانة لهن؛ لأنهن يدلين بأبي الأم وهو رجل من ذوي الأرحام لا حضانة له ولا لمن أدلى به.

مسألة: (**وإذا أخذ الولد من الأم إذا تزوجت ثم طلقت رجعت على حقها من كفالته**).

وبهذا قال الشافعي؛ لأنها مطلقة فعاد حقها من الحضانة كالبائن. وقال أبو حنيفة والمزني: إن كان الطلاق رجعياً لم يعد حقها؛ لأن الزوجية قائمة فأشبه ما لو كانت في صلب النكاح.

ويتخرج لنا مثل قولهما لكون النكاح قبل الدخول مزيلاً لحق الحضانة مع عدم القسم والشغل بالزوج.

مسألة: (**وإذا تزوجت المرأة فلزوجها أن يمنعها من رضاع ولدها إلا أن يضطر إليها ويخشى عليه التلف**).

أما للزوج فله منع امرأته من رضاع ولدها من غيره ومن رضاع ولد غيرها إلا أن يضطر إليها؛ لأن عقد النكاح يقتضي تمليك الزوج الاستمتاع في كل الزمان من كل الجهات سوى أوقات الصلاة والرضاع يفوت عليه الاستمتاع في بعض الأوقات فكان له المنع كالخروج من منزله، فإن اضطر الولد إليها بأن لا توجد مرضعة سواها أو أن لا يقبل الولد الارتضاع من غيرها وجب التمكين من إرضاعه؛ لأنها حال ضرورة وحفظ لنفس ولدها فقدم على حق الزوج كتقديم المضطر على المالك إذا لم يكن بالمالك مثل ضرورته.

فصل

فإن أرادت إرضاع ولدها منه فكلام الخرقي يحتمل وجهين:

أحدهما: أن له منعها من رضاعه لعموم لفظه وهو قول الشافعي؛ لأنه يخل باستمتاعه منها فأشبه ما لو كان الولد من غيره.

(١) زيادة من المغني ٩: ٣٠٨.

والثاني : ليس له منعها فإنه قال : وإن أرادت رضاع ولدها بأجرة مثلها فهي أحق به من غيرها سواء كانت في حبال الزوج أو مطلقة وذلك لقول الله تعالى : ﴿والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين﴾ [البقرة :٢٣٣] وهذا خبر يراد به الأمر وهو عام في كل والدة ، وقولنا في الوجه الأول أنه يخل باستمتاعه قلنا ولكن لإيفاء حق عليه وليس ذلك ممتنعاً كما أن قضاء دينه دفع ماله فيه واجب سيما إذا تعلق به حق الولد في كونه مع أمه وحق الأم في الجمع بينها وبين ولدها وهذا الوجه ظاهر كلام ابن أبي موسى .

والأول ظاهر كلام القاضي .

مسألة : (**وعلى الأب أن يسترضع لولده إلا أن تشاء الأم أن ترضعه بأجرة مثلها فتكون أحق به من غيرها سواء كانت في حبال الزوج أو مطلقة**) .

الكلام في هذه المسألة في حكمين :

الأول : أن رضاع الولد على الأب وحده وليس له إجبار أمه على رضاعه دنيئة كانت أو شريفة وسواء كانت في حبال الزوج أو مطلقة ولا نعلم في عدم إجبارها على ذلك إذا كانت مفارقة خلافاً . وأما إن كانت مع الزوج فكذلك عندنا وبه قال أبو حنيفة وأصحابه والشافعي ؛ لقول الله تعالى : ﴿وإن تعاسرتم فسترضع له أخرى﴾ [الطلاق :٦] وإن اختلفا فقد تعاسرا .

ولأن الإجبار على الرضاع لا يخلو إما أن يكون لحق الولد أو لحق الزوج أو لهما : لا يجوز أن يكون لحق الزوج فإنه لا يملك إجبارها على رضاع ولده من غيرها ولا على خدمته فيما يختص به ، ولا يجوز أن يكون لحق الولد فإن ذلك لو كان له للزمها بعد الفرقة .

ولأنه مما يلزم الوالد لولده فلزم الأب على الخصوص كالنفقة أو كما بعد الفرقة ، ولا يجوز أن يكون لهما ؛ لأن ما لا مناسبة فيه لا يثبت الحكم بانضمام بعضه إلى بعض .

ولأنه لو كان لهما لثبت الحكم بعد الفرقة .

الحكم الثاني : أن الأم إذا طلبت إرضاعه بأجر مثلها فهي أحق به سواء كانت في حبال الزوجية أو بعدها وسواء وجد الأب مرضعة متبرعة أو لم يجد، وإنما جاز استئجارها مع عقد إجارة يجوز من غير الزوج إذا أذن فيه فجاز مع الزوج كإجارة نفسها للخياطة أو الخدمة وإنما امتنع إجارة نفسها لأجنبي بغير إذنه ؛ لما فيه من تفويت الاستمتاع في بعض الأوقات ولهذا جازت بإذنه وإذا استأجرها فقد أذن لها في إجارة نفسها فصح كما يصح من الأجنبي، وأما الدليل على وجوب تقديم الأم إذا طلبت أجر مثلها على المتبرعة فقوله تعالى : ﴿والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف﴾ [البقرة :٢٣٣] وقوله : ﴿فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن﴾ [الطلاق :٦] .

ولأن الأم أحنى وأشفق، ولبنها أمرأ من لبن غيرها فكانت أحق به من غيرها ؛ كما لو طلبت الأجنبية رضاعه بأجر مثلها .

ولأن في رضاع غيرها تفويتًا لحق الأم من الحضانة، وإضرارًا بالولد .

ولا يجوز تفويت حق الحضانة الواجب والإضرار بالولد لغرض إسقاط حق أوجبه الله على الأب، .

وأما إن طلبت الأم أكثر من أجر مثلها ووجد الأب من ترضعه بأجر مثلها أو متبرعة، جاز انتزاعه منها ؛ لأنها أسقطت حقها باشتطاطها وطلبها ما ليس لها، فدخلت في عموم قوله تعالى : ﴿فسترضع له أخرى﴾ [الطلاق :٦] .

وإن لم يجد مرضعة إلا بمثل تلك الأجرة فالأم أحق ؛ لأنهما تساويا في الأجر . فكانت الأم أحق ؛ كما لو طلبت كل واحدة منهما أجر مثلها . والله أعلم .

باب نفقة المماليك

مسألة : قال أبو القاسم رحمه الله : **(وعلى ملاك المملوكين أن ينفقوا عليهم ويكسوهم بالمعروف)** .

أما نفقة المملوكين على ملاكهم فثابتة بالسنة والإجماع .

أما السنة فما روى أبو ذر عن النبي ﷺ قال : «إخوانكم خَوَلُكم . جعلهم الله تحت أيديكم . فمن كان أخوه تحت يده فليطعمه مما يأكل ، وليلبسه مما يلبس ، ولا تكلفوهم ما يغلبهم . فإن كلفتموهم فأعينوهم عليه»[1] متفق عليه .

وروى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال : «للمملوك طعامه وكسوته بالمعروف ، ولا يكلف من العمل ما لا يطيق»[2] . رواه أحمد ومسلم .

وأجمع العلماء على وجوب نفقة المملوك على سيده .

ولأنه لا بد له من نفقة . ومنافعه لسيده وهو أخص الناس به . فوجبت نفقته عليه ؛ كبهيمته .

والواجب من ذلك قدر كفايته من غالب قوت البلد سواء كان قوت سيده أو دونه أو فوقه وأدم مثله بالمعروف ؛ لقوله عليه السلام : «للمملوك طعامه وكسوته بالمعروف» والمستحب أن يطعمه من جنس طعامه ؛ لقوله : «فليطعمه مما يأكل» فجمعنا بين الخبرين وحملنا خبر أبي هريرة على الإجزاء وحديث أبي ذر على الاستحباب والسيد مخير بين أن يجعل نفقته من كسبه إن كان له كسب وبين أن ينفق عليه من ماله ويأخذ كسبه أو يجعله برسم خدمته ؛ لأن الكل ماله

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٣٠) ١ : ٢٠ كتاب الإيمان ، باب المعاصي من أمر الجاهلية...
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٦٦١) ٣ : ١٢٨٢ كتاب الأيمان ، باب إطعام المملوك مما يأكل...

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه (١٦٦٢) ٣ : ١٢٨٤ كتاب الأيمان ، باب إطعام المملوك مما يأكل...
وأخرجه أحمد في مسنده (٧٣١٨) طبعة إحياء التراث.

فإن جعل نفقته في كسبه فكانت وفق الكسب صرفه إليها وإن فضل من الكسب شيء فهو لسيده وإن كان فيه عوز فعلى سيده تمامها . وأما الكسوة فبالمعروف من غالب الكسوة لأمثال العبد في ذلك البلد الذي هو به والأولى أن يلبسه من لباسه ؛ لقوله عليه السلام : «وليلبسه مما يلبس» ويستحب أن يساوي بين عبيده الذكور في الكسوة والإطعام وبين إمائه إن كن للخدمة أو للاستمتاع ، وإن كان فيهن من هو للخدمة ومن هو للاستمتاع فلا بأس بزيادة من يريدها للاستمتاع في الكسوة ؛ لأن ذلك حكم العرف .

ولأن غرضه تجميل من يريدها للاستمتاع بخلاف الخادم .

فصل

وإذا تولى أحدهم طعامه استحب له أن يجلسه معه فيأكل فإن لم يفعل استحب أن يطعمه منه ولو لقمة أو لقمتين ؛ لما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال : «إذا كفى أحدكم خادمه طعامه حرَّه ودُخَانَه فليدْعُه وليُجْلِسْه معه . فإن أبى فليُروِّغ له اللقمة واللقمتين»[1] . رواه الجماعة واللفظ للبخاري .

ومعنى ترويغ اللقمة : غمسها في المرق والدسم وترويتها بذلك ويدفعها إليه .

ولأنه يشتهيه ؛ لحضوره فيه وتوليه إياه . وقد قال الله تعالى : ﴿وإذا حضر القسمة أولوا القربى واليتامى والمساكين فارزقوهم منه﴾ [النساء :٨] .

ولأن نفس الحاضر تتوق ما لا تتوق نفس الغائب .

ولا يكلفه من العمل ما لا يطيق وهو ما يشق عليه ويقرب من العجز عنه ؛ لحديث أبي ذر .

ولأن ذلك يضر به ويؤذيه وهو ممنوع من الإضرار به .

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٥١٤٤) ٥ : ٢٠٧٨ كتاب الأطعمة ، باب الأكل مع الخادم.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٦٦٣) ٣ : ١٢٨٤ كتاب الأيمان ، باب إطعام المملوك مما يأكل...
وأخرجه أبو داود في سننه (٣٨٤٦) ٣: ٣٦٥ كتاب الأطعمة، باب في الخادم يأكل مع المولى.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٨٥٣) ٤: ٢٨٦ كتاب الأطعمة ، باب ما جاء في الأكل مع المملوك والعيال.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٣٢٩١) ٢: ١٠٩٥ كتاب الأطعمة ، باب إذا أتاه خادمه بطعامه فليناوله منه.
وأخرجه أحمد في مسنده (٧٩٢١) طبعة إحياء التراث. و لم أقف عليه عند النسائي.

مسألة : **(وأن يزوج المملوك إذا احتاج إلى ذلك)** .

أما السيد فيجب عليه إعفاف مملوكه إذا طلب ذلك وهذا أحد قولي الشافعي ؛ لقول الله تعالى : ﴿وأنكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم﴾ [النور:٣٢] . والأمر يقتضي الوجوب ، ولا يجب إلا عند الطلب .

وروى عكرمة عن ابن عباس قال : من كانت له جارية فلم يزوجها و لم يصبها أو عبد فلم يزوجه فما صنعا من شيء كان على السيد ، ولولا وجوب إعفافهما لما لحق السيد الإثم بفعلهما .

ولأنه مكلف محجور عليه دعي إلى تزويجه . فلزمته إجابته ؛ كالمحجور عليه للسفه .

ولأن النكاح مما تدعو إليه الحاجة غالبًا ويتضرر بفواته . فأجبر عليه ؛ كالنفقة .

إذا ثبت هذا فالسيد مخير بين تزويجه أو تمليكه أمة يتسراها وله أن يزوجه أمته ؛ لأن نكاح الأمة مباح للعبد من غير شرط ولا يجب عليه تزويجه إلا عند طلبه ؛ لأن هذا مما يختلف الناس فيه وفي الحاجة إليه ولا تعلم حاجته إلا بطلبه ولا يجوز تزويجه إلا باختياره فإن إجبار العبد الكبير على النكاح غير جائز وأما الأمة فالسيد مخير بين تزويجها إذا طلبت ذلك وبين أن يستمتع بها فيغنيها باستمتاعه عن غيره ؛ لأن المقصود قضاء الحاجة وإزالة ضرر الشهوة وذلك يحصل بأحدهما فلم يتعين أحدهما .

مسألة : **(فإن امتنع أجبر على بيعه إذا طلب المملوك ذلك)** .

أما السيد إذا امتنع مما يجب عليه لعبده من نفقة أو كسوة أو تزويج فطلب العبد البيع أجبر عليه سواء كان امتناع السيد من ذلك لعجزه عنه أو مع قدرته عليه ؛ لأن بقاء ملكه عليه مع الإخلال بسد خلاته إضرار به وإزالة الضرر واجبة فوجب إزالته ولذلك أبحنا للمرأة فسخ النكاح عند عجز زوجها عن الإنفاق عليها .

مسألة : **(وليس عليه نفقة مكاتبه إلا أن يعجز)** .

لا خلاف في أن المكاتب لا تلزم سيده نفقته ؛ لأن الكتابة عقد أوجب ملك المكاتب إكساب نفسه ومنافعه ومنع السيد من التصرف فيهما فلا يملك استخدامه ولا إجارته ولا إعارته ولا أخذ كسبه ولا أرش الجناية عليه ولا يلزمه أداء أرش جنايته فسقطت نفقته عنه كما لو باعه أو أعتقه فإذا عجز عاد رقيقاً وعاد إليه ملك نفعه واكتسابه فعادت إليه نفقته كما لو اشتراه بعد بيعه .

مسألة : **(وليس له أن يسترضع الأمة لغير ولدها إلا أن يكون فيها فضل عن ريّه)** .

أما إذا أراد استرضاع أمته لغير ولدها مع كونه لا يفضل عنه فليس له ذلك ؛ لأن فيه إضراراً بولدها لنقصه من كفايته وصرف اللبن المخلوق لولدها إلى غيره مع حاجته إليه فلم يجز كما لو أراد أن ينقص الكبير من كفايته ومؤنته فإن كان فيها فضل عن ري ولدها جاز ؛ لأنه ملكه وقد استغنى عنه الولد فكان له استيفاؤه كالفاضل من كسبها عن مؤنتها أو كما لو مات ولدها وبقي لبنها .

مسألة : **(وإذا رهن المملوك أنفق عليه سيده)** .

وذلك لقول النبي ﷺ : «لا يغلق الرهن بما فيه والرهن من راهنه له غنمه وعليه غرمه»[1] ، ونفقته من غرمه .

ولأنه ملك للراهن ونماؤه له فكانت عليه نفقته كغير الرهن وقد ذكرت هذه المسألة في باب الرهن .

مسألة : **(وإذا أبق العبد فلمن جاء به إلى سيده ما أنفق عليه)** .

إنما كان كذلك ؛ لأن نفقة العبد على سيده وقد قام الذي جاء به مقام سيده في أداء الواجب عليه فرجع به عليه كما لو أذن له .

ولأنه أدى عنه ما وجب عليه عند تعذر أدائه منه فرجع به عليه كما لو أدى الحاكم عن الممتنع من الإنفاق على امرأته ما يجب عليه من النفقة ويتخرج أن لا

---

(١) أخرجه ابن ماجة في سننه (٢٤٤١) ٢: ٨١٦ كتاب الرهون ، باب لا يغلق الرهن .
وأخرجه الدارقطني في سننه (١٢٦) ٣: ٣٢ كتاب البيوع .
وأخرجه الشافعي في مسنده (٥٦٧) ٢: ١٦٣ كتاب الرهن .

يرجع بشيء بناء على الرواية الأخرى فيمن أنفق على الرهن الذي عنده أو الوديعة أو الجمال إذا هرب الجمال فتركها مع المستأجر . والله أعلم .

كتاب الجراح

يعني كتاب الجنايات . وإنما عبر عنها بالجراح لغلبة وقوعها به . والجناية كل فعل عدوان على نفس أو مال لكنها في العرف مخصوصة بما يحصل فيه التعدي على الأبدان . وسموا الجنايات على الأموال : غصباً ونهباً وسرقة وجناية وإتلافاً .

فصل

وأجمع المسلمون على تحريم القتل بغير حق .

والأصل فيه الكتاب والسنة . أما الكتاب فقول الله تعالى : ﴿ولا تقتلوا النفس التي حرّم الله إلا بالحق ومن قُتل مظلومًا فقد جعلنا لوليه سلطانًا﴾ [الإسراء :٣٣] ، وقال تعالى : ﴿ومن يقتل مؤمنًا متعمدًا فجزاؤه جهنم . . . الآية﴾ [النساء :٩٣] .

وأما السنة فما روى ابن مسعود قال : قال رسول الله ﷺ : «لا يحل دم امرئ مسلم يشهد أن لا إله إلا الله وأني رسول الله إلا بإحدى ثلاث : الثيب الزاني ، والنفس بالنفس ، والتارك لدينه المفارق للجماعة»[1] . رواه الجماعة . وفي آي وأخبار سوى هذا كثير .

ولا خلاف بين الأمة في تحريمه فإن فعله إنسان متعمداً فسق وأمره إلى الله تعالى إن شاء عذبه وإن شاء غفر له . وتوبته مقبولة في قول أكثر أهل العلم .

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٦٤٨٤) ٦: ٢٥٢١ كتاب الديات ، باب قول الله تعالى: ﴿أن النفس بالنفس...﴾.

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٦٧٦) ٣: ١٣٠٢ كتاب القسامة، باب ما يباح به دم المسلم.

وأخرجه أبو داود في سننه (٤٣٥٢) ٤: ١٢٦ كتاب الحدود، باب الحكم فيمن ارتد.

وأخرجه الترمذي في جامعه (١٤٠٢) ٤: ١٩ كتاب الديات ، باب ما جاء لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث.

وأخرجه النسائي في سننه (٤٧٢١) ٨: ١٣ كتاب القسامة ، باب القود.

وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٥٣٤) ٢: ٨٤٧ كتاب الحدود ، باب لا يحل دم امرئ مسلم إلا في ثلاث.

وأخرجه أحمد في مسنده (٣٦١٤) طبعة إحياء التراث.

وقال ابن عباس: توبته لا تقبل؛ للآية التي ذكرناها وهي من آخر ما نزل. قال: ولم ينسخها شيء.

ولأن لفظ الآية لفظ الخبر والأخبار لا يدخلها نسخ ولا تغيير؛ لأن خبر الله لا يكون إلا صدقاً.

ولنا قول الله: ﴿إن الله لا يغفر أن يشرك به ويغفر ما دون ذلك لمن يشاء﴾ [النساء:٤٨]. فجعله داخلاً في المشيئة. وقال تعالى: ﴿إن الله يغفر الذنوب جميعاً﴾ [الزمر:٥٣]، وفي الحديث عن النبي ﷺ «أن رجلاً قتل مائة رجل ظلماً ثم سأل: هل لي من توبة فدل على عالم فسأله فقال: ومن يحول بينك وبين التوبة ولكن اخرج من قرية السوء إلى القرية الصالحة فاعبد الله فيها فخرج تائباً فأدركه الموت في الطريق فاختصمت فيه ملائكة الرحمة وملائكة العذاب فبعث الله إليهم ملكاً فقال: قيسوا ما بين القريتين فإلى أيهما كان أقرب فاجعلوه من أهلها فوجدوه أقرب إلى القرية الصالحة بشبر فجعلوه من أهلها»[1] متفق عليه.

ولأن التوبة تصح من الكفر فمن القتل أولى.

والآية محمولة على من لم يتب، أو على أن هذا جزاؤه إن جازاه فله العفو إذا شاء. وقوله: لا يدخلها النسخ قلت: لكن يدخلها التخصيص والتأويل.

مسألة: قال أبو القاسم رحمه الله: **(والقتل على ثلاثة أوجه: عمد، وشبه عمد، وخطأ)**.

أكثر أهل العلم يرون القتل منقسماً إلى هذه الأقسام الثلاثة روي هذا عن عمر وعلي وبه قال أبو حنيفة وأصحابه والشافعي وأنكر مالك شبه العمد، وقال: ليس في كتاب الله إلا العمد والخطأ، فأما شبه العمد فلا يعمل به عندنا، وجعله من قسم العمد.

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٣٢٨٣) ٣: ١٢٨٠ كتاب أحاديث الأنبياء، حديث الغار.
وأخرجه مسلم في صحيحه (٢٧٦٦) ٤: ٢١١٨ كتاب التوبة، باب قبول توبة القاتل وإن كثر قتله.

وحكي عنه مثل قول الجماعة وهو الصواب ؛ لما روى عبدا لله بن عمرو بن العاص أن رسول ا لله ﷺ قال : «ألا إن دية الخطأ شبه العمد ما كان بالسوط والعصا،مائة من الإبل ، منها أربعون في بطونها أولادها»[1] . رواه أبو داود .

وفي لفظ : «قتيل خطأ العمد»[2] .

وهذا نص يقدم على ما ذكره وقسمه أبو الخطاب أربعة أقسام فزاد قسماً رابعاً وهو : ما جرى مجرى الخطأ . نحو : أن ينقلب نائم على شخص فيقتله ، أو يقع عليه من علو . والقتل بالسبب ؛ كحفر البئر ونصب السكين وقتل غير المكلف أجري مجرى الخطأ وإن كان عمداً . وهذه الصور التي ذكرناها عند الأكثرين من قسم الخطأ فإن صاحبها لم يعمد الفعل أو عمده وليس هو من أهل القصد الصحيح فأعطوه حكمه . وقد صرح الخرقي بذلك فقال في الصبي والمجنون : عمدهما خطأ .

مسألة : **(فالعمد ما ضربه بحديدة أو خشبة كبيرة فوق عمود الفسطاط أو حجر كبير الغالب أن يقتل مثله أو أعاد الضرب بخشبة صغيرة أو فعل به فعلاً الغالب من ذلك الفعل أنه يتلف)** .

اعلم أن العمد نوعان :

أحدهما : أن يضربه بمحدد وهو ما يقطع ويدخل في البدن ؛ كالسيف والسكين والسنان وما في معناه مما يحدد فيجرح من الحديد والنحاس والرصاص والذهب والفضة والزجاج والحجر والقصب والخشب . فهذا كله إذا جرح به جرحًا كبيرًا فمات[3] فهو قتل عمد لا خلاف فيه بين العلماء فيما علمناه . وأما إن جرحه جرحاً صغيرًا ؛ كشرطة الحجّام ، أو غَرَزَهُ بإبرة أو شَوْكة نظرت ، فإن كان في مقتل ؛ كالعين والفؤاد والخاصرة والصدغ وأصل الأذن فمات فهو عمد أيضاً ؛ لأن الإصابة بذلك في المقتل كالجرح بالسكين في غير المقتل . وإن كان في

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٤٥٨٨) ٤: ١٩٥ كتاب الديات ، باب في دية الخطأ شبه العمد.
(٢) سيأتي تخريجه ص: ٢٤٣.
(٣) زيادة من المغني ٩: ٣٢١.

غير مقتل نظرت فإن كان قد بالغ في إدخالها في البدن فهو كالجرح الكبير ؛ لأن هذا يشتد ألمه ويفضي إلى القتل كالكبير . وإن كان الغور يسيراً أو جرحه بالكبير جرحاً لطيفاً كشرطة الحجام فما دونها فقال أصحابنا : إن بقي من ذلك ضمنا حتى مات ففيه القود ؛ لأن الظاهر أنه مات منه . وإن مات في الحال ففيه وجهان :

أحدهما : لا قصاص فيه . قاله ابن حامد ؛ لأن الظاهر أنه لم يمت منه .

ولأنه لا يقتل غالباً فأشبه العصا والسوط ، والتعليل الأول أجود ؛ لأنه لما احتمل حصول الموت بغيره ظاهراً كان ذلك شبهة في درء القصاص ولو كانت العلة كونه لا يحصل به القتل غالباً لم يفترق الحال بين موته في الحال وموته متراخياً عنه كسائر ما لا يجب به القصاص .

والثاني : فيه القصاص ؛ لأن المحدد لا يعتبر فيه غلبة الظن في حصول القتل به بدليل ما لو قطع شحمة أذنه أو قطع أذنه .

ولأنه لما لم يكن إدارة الحكم أو ضبطه بغلبة الظن وجب ربطه بكونه محدداً ولا يعتبر ظهور الحكم في آحاد صور المظنة بل يكفي احتمال الحكمة ولذلك ثبت الحكم به فيما إذا بقي ضمناً مع أن العمد لا يختلف مع اتحاد الآلة والفعل بسرعة الإفضاء وإبطائه .

ولأن في البدن مقاتل خفية وهذا له سراية ومور فأشبه الجرح الكبير .

وهذا ظاهر كلام الخرقي فإنه لم يفرق بين الصغير والكبير وهو مذهب أبي حنيفة وللشافعي من التفصيل نحو مما ذكرنا .

النوع الثاني : القتل بغير محدد مما يغلب على الظن حصول الزهوق به عند استعماله فهذا عمد موجب للقصاص أيضاً ، وبه قال مالك والشافعي وأبي يوسف ومحمد ؛ لقول الله تعالى : ﴿ومن قتل مظلومًا فقد جعلنا لوليه سلطانًا﴾ [الإسراء:٣٣] وهذا مقتول ظلماً . وقال الله : ﴿كتب عليكم القصاص في القتلى﴾ [البقرة:١٧٨] .

وروى أنس : «أن يهوديًا قتل جارية على أوضاح لها بحجر فقتله رسول الله ﷺ بين حجرين»[1] متفق عليه .

وروى أبو هريرة قال : «قام رسول الله ﷺ فقال : من قُتل له قتيل فهو بخير النظرين ، إما يُودَى وإما يقاد»[2] متفق عليه .

ولأنه يقتل غالبًا . فأشبه المحدد .

إذا ثبت هذا فإن هذا النوع يتنوع أنواعاً :

أحدها : أن يضربه بمُثَقّل كبير يقتل مثله غالباً سواء كان من حديد كاللت والسندان والمطرقة أو حجر ثقيل أو خشبة كبيرة ، وحد الخرقي الخشبة الكبيرة بما فوق عمود الفسطاط يعني العمد التي تتخذها الأعراب لبيوتها وفيها دقة . وأما عمد الخيام فكبيرة تقتل غالباً فلم يردها الخرقي ، وإنما حد الموجب للقصاص بما فوق عمود الفسطاط ؛ «لأن النبي ﷺ لما سئل عن المرأة التي ضربت جارتها بعمود فسطاط فقتلتها وجنينها . قضى النبي عليه السلام في الجنين بغرة ، وقضى بالدية على عاقلتها»[3] .

والعاقلة : لا تحمل العمد ، فدل على أن القتل بعمود الفسطاط ليس بعمد وإن كان أعظم منه فهو عمد ؛ لأنه يقتل غالباً ، ومن هذا النوع أن يلقي عليه حائطاً أو صخرة أو خشبة عظيمة أو ما أشبهه مما يهلكه غالباً فيهلكه ففيه القود ؛ لأنه يقتل غالباً .

النوع الثاني : أن يضربه بمثقل صغير كالعصا والحجر الصغير أو يلكزه بيده في مقتل أو حال ضعف من المضروب لمرض أو صغر أو في زمن مفرط الحر أو البرد بحيث تقتله تلك الضربة أو كرر الضرب حتى قتله بما يقتل غالباً ففيه القود ؛ لأنه

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٦٤٨٥) ٦: ٢٥٢٢ كتاب الديات ، باب من أقاد بالحجر.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٦٧٢) ٣: ١٢٩٩ كتاب القسامة ، باب ثبوت القصاص في القتل بالحجر...

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٦٤٨٦) ٦: ٢٥٢٢ كتاب الديات ، باب من قُتل له قتيل فهو بخير النظرين.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٣٥٥) ٢: ٩٨٨ كتاب الحج ، باب تحريم مكة وصيدها وخلاها وشجرها.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه (٦٥١١) ٦: ٢٥٣٢ كتاب الديات ، باب جنين المرأة وأن العقل على الوالد وعصبة الوالد لا على الولد.

قتله بما يقتل غالباً فأشبه الضرب بمثقل كبير ، ومن هذا النوع لو عصر خصيته عصراً شديداً فقتله بعصر يقتل مثله غالباً فعليه القود ، وإن لم يكن كذلك في جميع ما ذكرنا فهو عمد الخطأ وفيه الدية إلا أن يصغر جداً كالضربة بالقلم والإصبع في غير مقتل ونحو هذا مما لا يتوهم القتل به فلا قود فيه ولا دية ؛ لأنه لم يمت به وكذلك إن مسه بالكبير و لم يضربه به ؛ لأن الدية إنما تجب بالقتل وليس هذا بقتل .

النوع الثالث : أن يمنع خروج نفسه وهو ضربان :

أحدهما : أن يجعل في عنقه خراطة ثم يعلقه في خشبة أو شيء بحيث يرتفع عن الأرض فيختنق ويموت فهذا عمد ، سواء مات في الحال أو بقي زمنًا ؛ لأن هذا أوحى أنواع الخنق وهو الذي جرت العادة بفعله من الولاة في اللصوص وأشباههم من المفسدين .

الضرب الثاني : أن يخنقه وهو على الأرض بيديه أو منديل أو حبل أو يغمه بوسادة أو شيء يضعه على فيه وأنفه أو يضع يديه عليهما فيموت بهذا إن فعل به ذلك مدة يموت في مثلها غالباً فمات فهو عمد فيه القصاص ، وبه قال عمر بن عبدالعزيز والنخعي والشافعي ، وإن فعله مدة لا يموت في مثلها غالباً فمات فهو عمد الخطأ إلا أن يكون ذلك يسيراً في الغاية بحيث لا يتوهم الموت منه فلا يوجب ضمانًا ؛ لأنه بمنزلة لمسه . وإن خنقه وتركه متألمًا حتى مات ففيه القود ؛ لأنه مات من سراية جنايته فهو كالميت من سراية الجرح وفي الجملة متى فعل به فعلاً يقتل غالباً وجب القصاص سواء كان سبباً ملجئاً أو فعلاً ؛ لأن ما لقتله مثله إن تركه في أرض مسبعة أو ذات حيات قواتل أو منعه الطعام والشراب حتى مات جوعاً أو عطشاً أو ألقاه في لجة البحر أو نار فمات به فعليه القود ؛ لأنه مات بجنايته .

مسألة : (**ففيه القود إذا اجتمع عليه جميع الأولياء وكان المقتول حراً مسلماً**) .

أجمع العلماء على أن القود لا يجب إلا بالعمد ولا نعلم بينهم في وجوبه بالقتل العمد إذا اجتمعت شروطه خلافاً وقد دلت عليه الآيات والأخبار بعمومها

فقال الله تعالى: ﴿ومن قتل مظلومًا فقد جعلنا لوليه سلطانًا فلا يسرف في القتل﴾ [الإسراء:٣٣]، وقال: ﴿كتب عليكم القصاص في القتلى﴾ [البقرة:١٧٨]، وقال: ﴿ولكم في القصاص حياة﴾ [البقرة:١٧٩] يريد أن وجوب القصاص يمنع من يريد القتل منه شفقاً على نفسه من القتل فيبقى الحياة فيمن أريد قتله وقيل أن القاتل تنعقد العداوة بينه وبين قبيلة المقتول فيريد قتلهم خوفاً منهم ويريدون قتله وقتل قبيلته استيفاء ففي الاقتصاص منه بحكم الشرع قطع لسبب الهلاك بين القبيلتين.

وقال النبي ﷺ: «من قُتل له قتيل فهو بخير النظرين، إما أن يقتل وإما أن يُفدَى»[1] متفق عليه.

وقول الخرقي إذا اجتمع عليه الأولياء يعني إذا كان للمقتول أولياء يستحقون القصاص فمن شرط وجوبه اجتماعهم على طلبه، ولو عفى واحد منهم سقط كله، وإن كان بعضهم غائباً أو غير مكلف لم يكن لشركائه القصاص حتى يقدم الغائب ويختار القصاص أو يوكل ويبلغ الصبي ويفيق المجنون ويختاراه، وقوله: إذا كان المقتول حراً مسلماً يعني مكافئاً للقاتل فإذا كان القاتل حراً مسلماً اشترط كون المقتول حراً مسلماً لتحقق المكافئة بينهما فالكافر لا يكافئ المسلم والعبد لا يكافئ الحر.

مسألة: **(وشبه العمد إذا ضربه بخشبة صغيرة أو حجر صغير أو لكزه أو فعل به فعلاً الغالب من ذلك الفعل أنه لا يقتل مثله فلا قود في هذا والدية على العاقلة).**

شبه العمد أحد أقسام القتل وهو أن يقصد ضربه بما لا يقتل غالباً إما لقصد العدوان عليه أو لقصد التأديب له فيسرف فيه كالضرب بالسوط والعصا والحجر الصغير والوكز باليد وسائر ما لا يقتل غالباً إذا قتل فهو شبه عمد؛ لأنه قصد الضرب دون القتل ويسمى عمد الخطأ وخطأ العمد لاجتماع العمد والخطأ فيه

(١) سبق تخريجه ص: ٢٤٠.

فإنه عمد الفعل وأخطأ في القتل فهذا لا قود فيه والدية على العاقلة في قول أكثر أهل العلم .

* وقال أبو بكر : تجب الدية في مال القاتل وهو قول ابن شبرمة ؛ لأنه موجب فعل عمد فكان في مال القاتل كسائر الجنايات .

ووجه قول الخرقي ما روى أبو هريرة قال : «اقتتلت امرأتان من هذيل فرمت إحداهما الأخرى بحجر . فقتلتها وما في بطنها . فقضى النبي ﷺ أن دية جنينها عبد أو وليدة . وقضى بدية المرأة على عاقلتها»[1] . متفق عليه .

فأوجب ديتها على العاقلة ، والعاقلة لا تحمل عمداً . وأيضاً قول النبي ﷺ : «ألا ! إن في قتيلِ خطإِ العمدِ قتيل السوطِ والعصا والحجر مائةً من الإبل»[2] .

وفي لفظ : أن النبي عليه السلام قال : «عَقْلُ شبه العمد مُغلَّظٌ مثل عَقْلِ العمد ولا يُقتَل صاحبُه»[3] رواه أحمد وأبو داود .

وهذا نص .

ولأنه قتل لا يوجب القود فكانت ديته على العاقلة كقتل الخطأ .

مسألة : (**والخطأ على ضربين أحدهما : أن يرمي الصيد أو يفعل ما يجوز له فعله فيؤول إلى إتلاف حر مسلماً كان أو كافراً فتكون الدية على عاقلته وعليه عتق رقبة مؤمنة**)

أما الخطأ فهو أن يفعل فعلاً لا يريد به إصابة المقتول فيصيبه ويقتله مثل : أن يرمي صيداً أو هدفاً فيصيب إنساناً فيقتله .

قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن القتل الخطأ أن يرمي الرامي شيئاً فيصيب غيره لا أعلمهم يختلفون فيه هذا قول عمر بن عبدالعزيز

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٦٥١٢) ٦: ٢٥٣٢ كتاب الديات ، باب جنين المرأة...
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٦٨١) ٣: ١٣٠٩ كتاب القسامة والمحاربين والقصاص والديات ، باب دية الجنين...

(٢) أخرجه النسائي في سننه (٤٧٩٤) ٨: ٤١ كتاب القسامة ، ذكر الاختلاف على خالد الحذاء.

(٣) أخرجه أبو داود في سننه (٤٥٦٥) ٤: ١٩٠ كتاب الديات ، باب ديات الأعضاء.
وأخرجه أحمد في مسنده (٦٦٧٩) طبعة إحياء التراث.

والزهري وأبي حنيفة وأصحابه ومالك والشافعي فهذا الضرب من الخطأ تجب به الدية على العاقلة والكفارة في مال القاتل بغير خلاف نعلمه . والأصل في وجوب الدية والكفارة قول الله تعالى : ﴿ومن قتل مؤمنًا خطأً فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله إلا أن يصدقوا﴾ [النساء:٩٢] وسواء كان المقتول مسلماً أو كافراً له عهد ؛ لقول الله تعالى : ﴿وإن كان من قومٍ بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة إلى أهله وتحرير رقبة مؤمنة﴾ [النساء:٩٢] ولا قصاص في شيء من هذا ؛ لأن الله تعالى أوجب به الدية ولم يذكر قصاصاً وقال النبي ﷺ : «عُفيَ لأمتي عن الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»(١) .

ولأنه لم يوجب القصاص في عمد الخطأ ففي الخطأ المحض أولى .

مسألة : (**والضرب الثاني : أن يقتل في بلاد الروم من عنده أنه كافر ويكون قد أسلم وكتم إسلامه إلى أن يقدر على التخلص إلى أرض الإسلام فيكون عليه في ماله عتق رقبة مؤمنة بلا دية ؛ لقول الله تعالى : ﴿فإن كان من قومٍ عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة﴾**) .

هذا الضرب الثاني من الخطأ وهو أن يقتل في أرض الحرب من يظنه كافراً ويكون مسلماً ولا خلاف في أن هذا خطأ لا يوجب قصاصاً ؛ لأنه لم يقصد قتل مسلم فأشبه ما لو ظنه صيداً فبان آدمياً إلا أن هذا لا تجب به دية أيضاً ولا تجب إلا الكفارة روي هذا عن ابن عباس وبه قال أبو حنيفة وعن أحمد رواية أخرى تجب به الدية والكفارة وهو قول مالك والشافعي ؛ لقول الله تعالى : ﴿ومن قتل مؤمنًا خطأً فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله﴾ [النساء:٩٢] ، وقال عليه السلام : «ألا إن في قتيلِ خطإِ العمد قتيل السوط والعصا مائةٌ من الإبل»(٢) .

ولأنه قتل مسلماً خطأً فوجبت ديته كما لو كان في دار الإسلام .

ووجه قول الخرقي قول الله تعالى : ﴿فإن كان من قومٍ عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة﴾ [النساء:٩٢] ولم يذكر فيه دية وتركه ذكرها في هذا القسم مع

(١) أخرجه ابن ماجة في سننه (٢٠٤٣) ١: ٦٥٩ كتاب الطلاق، باب طلاق المكره والناسي.
(٢) سبق تخريجه ص: ٢٤٣.

ذكرها في الذي قبله وبعده ظاهر في أنها غير واجبة وذكره لهذا قسماً مفرداً يدل على أنه لم يدخل في عموم الآية التي احتجوا بها ويخص عموم الخبر الذي رووه .

مسألة : (ولا يُقتلُ مسلم بكافر) .

أكثر أهل العلم لا يوجبون على مسلم قصاصاً بقتل كافر أي كافر كان . روي ذلك عن عمر وعثمان وعلي وزيد بن ثابت ومعاوية وبه قال عمر بن عبدالعزيز ومالك والشافعي ؛ لما روى علي أن النبي ﷺ قال : «المؤمنونَ تتكافَأُ دماؤُهم وهم يد على من سواهم ويسعى بذمَّتِهمْ أدناهُم . ألا لا يقتل مسلم بكافر ولا ذو عهد في عهده»[1] . رواه أحمد والنسائي وأبو داود .

وفي لفظ : «لا يُقتل مسلم بكافر»[2] . رواه البخاري وأبو داود .

وعن علي أنه قال : «من السنةِ أن لا يُقتل مؤمن بكافر»[3] . رواه أحمد .

ولأنه منقوص بالكفر . فلا يقتل به المسلم ؛ كالمستأمَن .

مسألة : (ولا حر بعبد) .

روي هذا عن أبي بكر وعمر وعلي وزيد وابن الزبير وبه قال مالك والشافعي ؛ لما روى أحمد بإسناده عن علي أنه قال : «من السنةِ أن لا يُقتل حر بعبد»[4] . رواه الدارقطني .

وعن ابن عباس أن النبي ﷺ قال : «لا يقتل حر بعبد»[5] . رواه الدارقطني .

ولأنه لا يقاد به فيما دون النفس مع التساوي في السلامة . فلا يقتل به ؛ كالأب مع ابنه .

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٢٧٥١) ٣: ٨٠ أول كتاب الجهاد، باب في السرية ترد على أهل العسكر.
وأخرجه النسائي في سننه (٤٧٣٥) ٨: ٢٠ كتاب القسامة، باب القود بين الأحرار والمماليك في النفس.
وأخرجه أحمد في مسنده (٩٥٩) ١: ١١٩.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (١١١) ١: ٥٣ كتاب العلم، باب كتابة العلم.
وأخرجه أبو داود في سننه (٢٧٥١) ٣: ٨٠ أول كتاب الجهاد، باب في السرية ترد على أهل العسكر.

(٣) أخرجه الدارقطني في سننه (١٦٠) ٣: ١٣٣ كتاب الحدود. و لم أره في أحمد.

(٤) أخرجه الدارقطني في الموضع السابق.

(٥) أخرجه الدارقطني في سننه (١٥٨) ٣: ١٣٣ كتاب الحدود.

ولأن العبد منقوص بالرق . فلم يقتل به الحر ؛ كالمكاتب إذا ملك ما يؤدي ، والعمومات مخصوصة بهذا فنقيس عليه .

مسألة : (**وإذا قتل الكافر العبد عمداً فعليه قيمته ، ويُقتل ؛ لنقضه العهد**) .

يعني الكافر الحر لا يقتل بالعبد المسلم ؛ لأن الحر لا يقتل بالعبد لفقدان التكافؤ بينهما .

ولأنه لا يحد بقذفه فلا يقتل بقتله كالأب مع ابنه وعليه قيمته ويقتل لنقضه العهد فإن قتل المسلم ينتقض به العهد بدليل ما روي «أن ذمياً كان يسوق حماراً بامرأة مسلمة فنَخَسَه بها فرماها ثم أراد إكراهها على الزنا ، فرُفع إلى عمر فقال : ما على هذا صالحناهم[1] فقتله وصلبه»[2] .

وروي في شروط عمر أنه كتب إلى عبدالرحمن بن غنم أن ألحق بالشروط من ضرب مسلماً عمداً فقد خلع عهده .

ولأنه فعل ينافي الأمان وفيه ضرر على المسلمين فكان نقضاً للعهد كالإجماع على قتال المسلمين والامتناع من أداء الجزية وعن أحمد أنه لا ينتقض عهده بقتل مسلم .

فعلى هذا عليه قيمته ويؤدب بما يراه ولي الأمر .

مسألة : (**والطفل والزائل العقل لا يقتلان بأحد**) .

لا خلاف بين أهل العلم في أنه لا قصاص على صبي ولا مجنون وكذلك كل زائل العقل بسبب يعذر فيه مثل النائم والمغمى عليه ونحوهما . والأصل في هذا قول النبي ﷺ : «رفع القلم عن ثلاثة : عن الصبي حتى يبلغ ، وعن النائم حتى يستيقظ ، وعن المجنون حتى يفيق»[3] .

---

(١) في الأصل: صالحنا. وما أثبتناه من السنن.

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٩: ٢٠١ كتاب الجزية، باب يشترط عليهم أن أحداً من رجالهم إن أصاب مسلمة بزنى...

(٣) أخرجه أبو داود في سننه (٤٤٠٣) ٤ : ١٤١ كتاب الحدود ، باب في المجنون يسرق أو يصيب حداً.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٤٢٣) ٤ : ٣٢ كتاب الحدود ، باب ما جاء فيمن لا يجب عليه الحد.

ولأن القصاص عقوبة مغلظة فلم تجب على الصبي وزائل العقل كالحدود .

ولأنهم ليس لهم قصد صحيح فهم كالقاتل خطأ .

مسألة : (**ولا يقتل والد بولده وإن سفل**) .

أما الأب فلا يقتل بولده والجد لا يقتل بولد ولده وإن نزلت درجته وسواء في ذلك ولد البنين وولد البنات ، وممن نقل عنه أن الوالد لا يقتل بولده عمر بن الخطاب وبه قال ربيعة وأبو حنيفة وأصحابه والشافعي ؛ لما روى عمر بن الخطاب وابن عباس أن رسول الله ﷺ قال : «لا يُقتل والد بولده»[1] . أخرج النسائي حديث عمر . ورواهما ابن ماجة . وذكرهما ابن عبدالبر ، وقال : هو حديث مشهور عند أهل العلم بالحجاز والعراق ، مستفيض عندهم ، يستغني بشهرته وقبوله والعمل به عن الإسناد فيه حتى يكون الإسناد في مثله مع شهرته تكلفاً .

ولأن النبي عليه السلام قال : «أنت ومالُكَ لأبيك»[2] . وقضية هذه الإضافة تمليكه إياه . فإذا لم تثبت حقيقة الملكية بقيت الإضافة شبهة في درء القصاص ؛ لأنه يدرأ بالشبهات .

ولأنه سبب إيجاده . فلا ينبغي أن يتسلط بسببه على إعدامه .

مسألة : (**والأم في ذلك كالأب**) .

هذا الصحيح من المذهب وعليه العمل عند مسقطي القصاص عن الأب . وعن أحمد ما يدل على أنه لا يسقط عن الأم فإن مهنا نقل عنه في أم ولد قتلت سيدها عمداً تقتل ، قال : من يقتلها؟ قال : ولدها . وهذا يدل على إيجاب القصاص على الأم بقتل ولدها وخرجها أبو بكر على روايتين :

إحداهما : أن الأم تقتل بولدها ؛ لأنه لا ولاية لها عليه فتقتل به كالأخ .

---

(١) أخرجه الترمذي في جامعه (١٤٠٠) ٤: ١٨ عن عمر ، و (١٤٠١) ٤: ١٩ عن ابن عباس. كتاب الديات ، باب ماجاء في الرجل يقتل ابنه يقاد منه أم لا.

وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٦٦١) ٢: ٨٨٨ عن ابن عباس ، و (٢٦٦٢) ٢: ٨٨٨ عن عمر . كتاب الديات ، باب لا يقتل الوالد بولده. و لم أره عند النسائي.

(٢) أخرجه ابن ماجة في سننه (٢٢٩١) ٢: ٧٦٩ كتاب التجارات، باب ما للرجل من مال ولده.

وأخرجه أحمد في مسنده (٦٩٠٢) ٢: ٢٠٤.

والصحيح الأول ؛ لقول النبي ﷺ : «لا يقتل والد بولده»[1] .

ولأنها أحد الوالدين فأشبهت الأب .

ولأنها أولى بالبر فكانت أولى بنفي القصاص عنها والولاية غير معتبرة بدليل انتفاء القصاص عن الأب بقتل الكبير الذي لا ولاية عليه وعن الجد ولا ولاية له وعن الأب المخالف في الدين أو الرقيق والجدة وإن علت في ذلك كالأم وسواء في ذلك من قبل الأب أو من قبل الأم لما ذكرنا في الجد .

مسألة : **(ويقتل الولد بكل واحد منهما)** .

هذا قول عامة أهل العلم منهم أبو حنيفة وأصحابه ومالك والشافعي . وعن أحمد أن الابن لا يقتل بأبيه ؛ لأنه ممن لا تقبل شهادته له بحق النسب فلا يقتل به كالأب مع ابنه والمذهب أنه يقتل به للآيات والأخبار وموافقة القياس .

ولأن الأب أعظم حرمة وحقاً من الأجنبي فإذا قتل بالأجنبي فبالأب أولى .

ولأنه يحد بقذفه فيقتل به كالأجنبي ولا يصح قياس الابن على الأب ؛ لأن حرمة الوالد على الولد آكد والابن مضاف إلى أبيه بلام التمليك بخلاف الولد مع الوالد وقد ذكر أصحابنا حديثين متعارضين عن سراقة عن النبي عليه السلام احدهما أنه قال : «لا يُقادُ الأبُ من ابنه ، ولا الابنُ من أبيه» .

والثاني : «أنه كان يقيد الأب من ابنه ولا يقيد الابن من أبيه»[2] رواه الترمذي .

وهذان الحديثان أما الأول فلا نعرفه ولم نجده في كتب السنن المشهورة ولا أظن له أصلاً وإن كان له أصل فهما متعارضان متدافعان يجب إطراحهما والعمل بالنصوص الواضحة والإجماع الذي لا تجوز مخالفته .

مسألة : **(وتقتل الجماعة بالواحد)** .

أما الجماعة إذا قتلوا واحداً فعلى كل واحد منهم القصاص إذا كان واحد منهم لو انفرد بفعله وجب عليه القصاص روي ذلك عن عمر وعلي والمغيرة بن

---

(١) سبق تخريجه ص: ٢٤٧.

(٢) أخرجه الترمذي في جامعه (١٣٩٩) ٤: ١٨ كتاب الديات، باب ما جاء في الرجل يقتل ابنه يقاد منه أم لا.

شعبة وابن عباس وبه قال أبو حنيفة وأصحابه ومالك والشافعي ، وعن أحمد رواية أخرى لا يقتلون به وتجب عليهم الدية وهذا قول ابن الزبير والزهري وابن سيرين وحبيب بن أبي ثابت وعبدالملك وربيعة وداود وابن المنذر وحكاه ابن أبي موسى عن ابن عباس وروي عن معاذ وابن الزبير وابن سيرين والزهري أنه يقتل واحداً منهم ويأخذ من الباقين حصصهم من الدية ؛ لأن كل واحد منهم مكافئ له فلا يستوفي أبدال بمبدل واحد كما لا تجب ديات لمقتول واحد .

ولأن الله قال : ﴿الحر بالحر﴾ [البقرة :١٧٨] ، وقال : ﴿وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس﴾ [المائدة :٤٥] فمقتضاه أنه لا يوجد بالنفس أكثر من نفس واحدة .

ولأن التفاوت في الأوصاف يمنع بدليل أن الحر لا يؤخذ بالعبد فالتفاوت في العدد أولى .

قال ابن المنذر : لا حجة مع من أوجب قتل جماعة بواحد .

ولنا إجماع الصحابة روى سعيد بن المسيب «أن عمر بن الخطاب قتل سبعة من أهل صنعاء قتلوا رجلاً . وقال : لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم جميعًا»[1] .

وعن علي : «أنه قتل ثلاثة قتلوا رجلاً»[2] .

وعن ابن عباس : «أنه قتل جماعة بواحد»[3] . ولم يعرف لهم في عصرهم مخالف فكان إجماعًا .

ولأنها عقوبة تجب للواحد على الواحد . فوجبت للواحد على الجماعة ؛ كحد القذف . ويفارق الدية فإنها تتبعض والقصاص لا يتبعض .

ولأن القصاص لو سقط بالاشتراك أدى إلى التسارع إلى القتل به . فيؤدي إلى إسقاط حكمة[4] الردع والزجر .

---

(١) ذكره البخاري في صحيحه تعليقاً ٦: ٢٥٢٧ كتاب الديات ، باب إذا أصاب قوم من رجل ، هل يعاقب أو يقتص منهم كلهم.
وأخرجه الشافعي في مسنده (٣٣٣) ٢: ١٠٠ كتاب الديات.

(٢) أخرج نحوه ابن أبي شيبة في مصنفه (٢٧٦٨٧) ٥: ٤٢٨ كتاب الديات ، الرجل يقتله النفر.

(٣) أخرج عبد الرزاق في مصنفه عن ابن عباس قال: « لو أن مئة قتلوا رجلاً قتلوا به » (١٨٠٨٢) ٩: ٤٧٩ كتاب العقول، باب النفر يقتلون الرجل.

(٤) في الأصل: حكم. وما أثبتناه من المغني ٩: ٣٦٧.

مسألة : (وإن قطعوا يداً قطعت نظيرتها من كل واحد منهم) .

أما الجماعة إذا اشتركوا في جرح موجب للقصاص وجب القصاص على جميعهم وبه قال مالك والشافعي ، وقال الحسن والزهري وأبو حنيفة وأصحابه والثوري وابن المنذر لا تقطع يدان بيد واحدة ويتعين ذلك وجهاً في مذهب أحمد ؛ لأنه روي عنه أن الجماعة لا يقتلون بالواحد وهذا تنبيه على أن الأطراف لا تؤخذ بطرف واحد ؛ لأن الأطراف يعتبر التساوي فيها بدليل أنا لا نأخذ الصحيحة بالشلاء ، ولا كاملة الأصابع بناقصتها ، ولا أصيلة بزائدة ، ولا زائدة بأصلية ، ولا يميناً بيسار ، ولا يساراً بيمين ، ولا تساوي بين الطرف والأطراف فوجب امتناع القصاص بينهما ولا يعتبر التساوي في النفس فإنا نأخذ الصحيح بالمريض وصحيح الأطراف بمقطوعها وأشلها .

ولأنه يعتبر في القصاص في الأطراف التساوي في نفس القطع بحيث لو قطع كل واحد من جانب لم يجب القصاص بخلاف النفس .

ولأن الاشتراك الموجب للقصاص في النفس يقع كثيراً فوجب القصاص زجراً عنه كيلا يتخذ وسيلة إلى كثرة القتل ، والاشتراك المختلف فيه لا يقع إلا في غاية الندرة فلا حاجة إلى الزجر عنه .

ولأن إيجاب القصاص على المشتركين في النفس يحصل بالزجر عن كل اشتراك أو عن الاشتراك المعتاد ، وإيجابه على المشتركين في الطرف لا يحصل به الزجر عن الاشتراك المعتاد ولا عن شيء من الاشتراك إلا عن صورة نادرة الوقوع بعيدة الوجود تحتاج في وجودها إلى تكلف ، فإيجاب القصاص للزجر عنها يكون منعاً لشيء ممتنع بنفسه لصعوبته وإطلاقاً في القطع السهل المعتاد ينفي القصاص عن فاعله وهذا لا فائدة فيه بخلاف الاشتراك في النفس ، يحققه أن وجوب القصاص على الجماعة يؤخذ في النفس والطرف على خلاف الأصل لكونه يأخذ في الاستيفاء زيادة على ما فوت عليه ويخل بالتماثل المنصوص على النهي عما عداه وإنما خولف هذا الأصل في الأنفس زجراً عن الاشتراك الذي يقع القتل به غالباً ففيما عداه يجب البقاء على أصل التحريم .

ولأن النفس أشرف من الطرف ولا يلزم من المحافظة عليها بأخذ الجماعة بالواحد المحافظة على ما دونها بذلك .

ولنا ما روي «أن شاهدين شهدا عند علي على رجل بالسرقة فقطع يده ثم جاءا بآخر فقالا : هذا هو السارق وأخطأنا في الأول فرد شهادتهما على الثاني وغرمهما دية يد الأول . وقال : لو علمت أنكما تعمدتما لقطعتكما»[1] . فأخبر أن القصاص على كل واحد منهما لو تعمدا قطع يد واحدة .

ولأنه أحد نوعي القصاص . فتؤخذ الجماعة بالواحد ؛ كالأنفس .

وأما اعتبار التساوي فمثله في الأنفس فإننا نعتبر التساوي فيها فلا نأخذ مسلماً بكافر ولا حراً بعبد . وأما أخذ صحيح الأطراف بمقطوعها فلأن الطرف ليس هو من النفس المقتص منها وإنما يفوت تبعاً ولذلك كانت ديتهما واحدة بخلاف اليد الناقصة والشلاء مع الصحيحة فإن ديتهما مختلفة . وأما اعتبار التساوي في الفعل فإنما اعتبر في اليد ؛ لأنه يمكن مباشرتها بالقطع فإذا قطع كل واحد منهما من جانب كان فعل كل واحد منهما متميزاً عن فعل صاحبه فلا يجب على إنسان قطع محل لم يقطع مثله ، وأما النفس فلا يمكن مباشرتها بالفعل وإنما أفعالهم في البدن فيفضي ألمه إليها فتزهق ولا يتميز ألم فعل أحدهما من ألم فعل الآخر فكانا كالقاطعين في محل واحد ولذلك لا يستوفي من الطرف إلا في المفصل الذي قطع الجاني منه ، ولا يجوز تجاوزه وفي النفس لو قتله بجرح في بطنه أو جنبه أو غير ذلك كان الاستيفاء من العتق دون المحل الذي وقعت الجناية فيه .

إذا ثبت هذا فإنما يجب القصاص على المشتركين في الطرف إذا اشتركوا فيه على وجه لا يتميز فعل أحدهم من فعل الآخر إما بأن يشهدوا عليه بما يوجب قطعه فيقطع ثم يرجعوا عن الشهادة أو يكرهوا إنساناً على قطع طرف فيجب قطع المكرهين كلهم والمكره أو يلقوا صخرة على طرف إنسان فيقطعه أو يقطعوا يداً أو يقلعوا عيناً بضربة واحدة أو يضعوا[2] حديدة على مفصل ويتحاملوا عليها جميعاً أو

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٨: ٤١ كتاب الجنايات، باب الاثنين أو أكثر يقطعان يد رجل معاً.

(٢) في الأصل: يدعوا. وما أثبتناه من المغني ٩: ٣٧٣.

يمدوها فتبين ، فإن قطع كل واحد منهم من جانب أو قطع أحدهم بعض المفصل وأتمه غيره أو ضرب كل واحد منهم ضربة أو وضعوا منشاراً على مفصله ثم مده إليه كل واحد منهم مرة حتى بانت اليد فلا قصاص فيه ؛ لأن كل واحد منهم لم يقطع اليد و لم يشارك في قطع جميعها ، وإن كان فعل واحد منهم يمكن الاقتصاص بمفرده اقتص منه وهذا مذهب الشافعي .

مسألة : **(وإذا قتل الأب وغيره عمداً قتل من سوى الأب)** .

وبهذا قال مالك والشافعي وأبو ثور وعن أحمد رواية أخرى لا قصاص على واحد منهما وبه قال أبو حنيفة وأصحابه ؛ لأنه قتل تركب من موجب وغير موجب فلم يوجب كقتل العامد والخاطئ والصبي والبالغ والمجنون والعاقل .

والمذهب الأول ؛ لأنه شارك في القتل العمد العدوان فيمن يقتل به وانفرد بقتله فوجب عليه القصاص كشريك الأجنبي ، ولا نسلم أن فعل الأب غير موجب فإنه يقتضي الإيجاب لكونه تمحض عمداً عدواناً والجناية به أعظم إثماً وأكبر جرماً ولذلك خصه الله بالنهي عنه فقال : ﴿ولا تقتلوا أولادكم -ثم قال : إن قتلهم كان خطئاً كبيرا﴾ [الإسراء:٣١] . ولما سئل النبي ﷺ عن أعظم الذنب قال : «أن تجعل لله نداً وهو خلقك ، ثم أن تقتل ولدك خشية أن يطعم معك»[1] فجعلها أعظم الذنوب بعد الشرك .

ولأنه قطع الرحم التي أمر الله بصلتها ووضع الإساءة موضع الإحسان فهو أولى بإيجاب العقوبة والزجر عنه وإنما امتنع الوجوب في حق الأب لمعنى مختص بالمحل لا لقصور في السبب الموجب فلا يمتنع عمله في المحل الذي لا مانع فيه . وأما شريك الخاطئ قلنا فيه منع ومع التسليم فامتناع الوجوب فيه لقصور السبب عن الإيجاب فإن فعل الخاطئ غير موجب للقصاص ولا صالح له والقتل منه ومن

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٤٤٨٣) ٤: ١٧٨٤ كتاب تفسير القرآن ، باب قوله: ﴿والذين لا يدعون مع الله إلهاً آخر...﴾.
وأخرجه مسلم في صحيحه (٨٦) ١: ٩٠ كتاب الإيمان ، باب كون الشرك أقبح الذنوب وبيان أعظمها بعده.

شريكه غير متمحض عمداً لوقوع الخطأ في الفعل الذي حصل به زهوق النفس بخلاف مسألتنا .

فصل

وكل شريكين امتنع القصاص في حق أحدهما لمعنى فيه من غير قصور في السبب فهو في وجوب القصاص على شريكه كالأب وشريكه مثل أن يشترك مسلم وذمي في قتل ذمي أو حر وعبد في قتل عبد عمداً عدواناً فإن القصاص لا يجب على المسلم والحر ويجب على الذمي والعبد إذا قلنا بوجوبه على شريك الأب ؛ لأن امتناع القصاص عن المسلم لإسلامه وعن الحر لحريته وانتفاء مكافأة المقتول له وهذا المعنى لا يتعدى إلى فعله ولا إلى شريكه فلم يسقط القصاص عنه . وقد نقل عبدالله بن أحمد قال : سألت أبي عن حر وعبد قتلا عبداً عمداً قال : أما الحر فلا يقتل بالعبد وعلى الحر نصف قيمة العبد في ماله والعبد إن شاء سيده أسلمه وإلا فداه بنصف قيمة العبد . وظاهر هذا أنه لا قصاص على العبد فيخرج مثل ذلك في كل قتل شارك فيه من لا يجب عليه القصاص .

مسألة : (**وإذا اشترك في القتل صبي ومجنون وبالغ لم يقتل واحد منهم ، وعلى العاقل ثلث الدية في ماله ، وعلى عاقلة كل واحد من الصبي والمجنون ثلث الدية وعتق رقبتين في أموالهما ؛ لأن عمدهما خطأ**) .

أما إذا شاركوا في القتل من لا قصاص عليه لمعنى في فعله كالصبي والمجنون فالصحيح من المذهب أنه لا قصاص عليه ، وبهذا قال أبو حنيفة وأصحابه والشافعي في أحد قوليه . وعن أحمد أن القود يجب على البالغ العاقل حكاها ابن المنذر عن أحمد وحكي ذلك عن مالك وهو القول الثاني للشافعي ؛ لأن القصاص عقوبة تجب عليه جزاء لفعله فمتى كان فعله عمداً عدواناً وجب القصاص عليه كشريك الأجنبي وذلك لأن الإنسان إنما يؤخذ بفعله لا بفعل غيره .

فعلى هذا يعتبر فعل الشريك منفرداً فمتى تمحض عمداً عدواناً وكان المقتول مكافئاً له وجب عليه القصاص . وبنى الشافعي قوله على أن فعل الصبي والمجنون

إذا تعمداه عمد ؛ لأنهما يقصدان القتل وإنما سقوط القصاص عنهما لمعنى فيهما وهو عدم التكليف فلم يقتض سقوطه عن شريكهما كالأبوة .

ولنا أنه شارك من لا مأثم عليه في فعله فلم يلزمه قصاص كشريك الخاطئ .

ولأن الصبي والمجنون لا قصد لهما صحيح ولهذا لا يصح إقرارهما فكان حكم فعلهما حكم الخطأ وهذا معنى قول الخرقي عمدهما خطأ أي في حكم الخطأ في انتفاء القصاص عنه ومقدار ديته وحمل عاقلتهما إياها ووجوب الكفارة .

إذا ثبت هذا فإن الدية تجب عليهم أثلاثاً على كل واحد منهم ثلثها ؛ لأن الدية بدل المحل ولذلك اختلفت باختلافه والمحل المتلف واحد فكانت ديته واحدة .

ولأنها تتقدر بقدره أما القصاص فإنما كمل في كل واحد ؛ لأنه جزاء الفعل وأفعالهم متعددة فتعدد في حقهم وكمل في حق كل واحد كما لو قذف جماعة واحداً إلا أن الثلث الواجب على المكلف تلزمه في ماله حالاً ؛ لأن فعله عمد والعاقلة لا تحمل العمد وما يلزم الصبي والمجنون فعلى عاقلتهما ؛ لأن عمدهما خطأ والقاتل الخاطئ والمشارك في القتل خطأ يلزمه كفارة ؛ لأنها لا تجب بدلاً عن المحل ولهذا لم تختلف وإنما وجبت تكفيراً للفعل ومحواً لأثره فوجب تكميلها كالقصاص .

مسألة : **(ويُقتل الذكر بالأنثى والأنثى بالذكر)** .

هذا قول عامة أهل العلم منهم مالك وأهل المدينة وأبو حنيفة وأصحابه والشافعي .

وروي عن أحمد أنه قال : يقتل الرجل بالمرأة ويعطى أولياؤه نصف الدية . وروى سعيد مثل هذا عن علي .

ولأن عقلها نصف عقله . فإذا قتل بها بقي له بقية فاستوفت ممن قتله .

والمذهب الأول ؛ لقوله تعالى : ﴿النفس بالنفس﴾ [المائدة :٤٥] ، وقوله : ﴿الحر بالحر﴾ [البقرة :١٧٨] مع عموم سائر النصوص . وقد ثبت «أن النبي ﷺ قتل يهودياً رض رأس جارية من الأنصار»[١] .

وروى أبو بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ كتب إلى أهل اليمن بكتاب فيه الفرائض والسنن : «وأنّ الرجلَ يُقتلُ بالمرأة»[٢] وهو كتاب مشهور عند أهل العلم متلقى بالقبول عندهم .

ولأنهما شخصان يحد كل واحد منهما بقذف الآخر فقتل كل واحد منهما بالآخر كالرجلين ولا يجب مع القصاص شيء ؛ لأنه قصاص واجب فلم يجب معه شيء على المقتص كسائر القصاص واختلاف الأبدال لا عبرة به في القصاص بدليل أن الجماعة يقتلون بالواحد فالنصراني يؤخذ بالمجوسي مع اختلاف دينيهما ويؤخذ العبد بالعبد مع اختلاف قيمتهما .

ويقتل كل واحد من الرجل والمرأة بالخنثى ويقتل بهما ؛ لأنه لا يخلو من أن يكون ذكراً أو أنثى .

مسألة : **(ومن كان بينهما في النفس قصاص فهو بينهما في الجراح)** .

كل شخصين جرى بينهما القصاص في النفس جرى القصاص بينهما في الأطراف فيقطع الحر المسلم بالحر المسلم والعبد بالعبد والذمي بالذمي والذكر بالأنثى والأنثى بالذكر ويقطع الناقص بالكامل كالعبد بالحر والكافر بالمسلم ومن لا يقتل بقتله لا يقطع طرفه بطرفه فلا يقطع مسلم بكافر ولا حر بعبد ولا والد بولد وبهذا قال مالك والشافعي وأبو ثور وإسحاق وابن المنذر .

وقال أبو حنيفة : لا قصاص في الطرف بين مختلفي البدل فلا يقطع الكامل بالناقص ولا الناقص بالكامل ولا الرجل بالمرأة ولا المرأة بالرجل ولا الحر بالعبد

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٢٨٢) ٢: ٨٥٠ كتاب الخصومات ، باب ما يذكر في الإشخاص والملازمة...
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٦٧٢) ٣: ١٣٠٠ كتاب القسامة ، باب ثبوت القصاص في القتل بالحجر وغيره...

(٢) أخرجه النسائي في سننه (٤٨٥٣) ٨: ٥٧ كتاب القسامة، ذكر حديث عمرو بن حزم في العقول...

ولا العبد بالحر[1]، ويقطع المسلم بالكافر والكافر بالمسلم؛ لأن التكافؤ معتبر في الأطراف بدليل أن الصحيحة لا تؤخذ بالشلاء ولا الكاملة بالناقصة فكذلك لا يؤخذ طرف الرجل بطرف المرأة ولا يؤخذ طرفها بطرفه كما لا تؤخذ اليسرى باليمنى .

ولنا أن من جرى القصاص بينهما في النفس جرى في الطرف كالحرين وما ذكروه يبطل بالقصاص في النفس فإن التكافؤ معتبر بدليل أن المسلم لا يقتل بمستأمن ثم يلزمه أن يأخذ الناقصة بالكاملة؛ لأن المماثلة قد وجدت وزيادة فوجب أخذها بها إذا رضي المستحق كما تؤخذ[2] ناقصة الأصابع بكاملة الأصابع وأما اليسار واليمين فيجريان مجرى النفس لاختلاف محليهما ولهذا استوى بدلهما فعلم أنها ليست ناقصة عنها شرعاً ولا العلة فيهما ذلك .

مسألة : **(وإذا قتلاه وأحدهما مخطئ والآخر متعمد فلا قود على واحد منهما وعلى العامد نصف الدية في ماله وعلى عاقلة المخطئ نصفها وعليه في ماله عتق رقبة مؤمنة)** .

أما المخطئ فلا قصاص عليه للكتاب والسنة والإجماع .

أما الكتاب؛ فقول الله تعالى : ﴿وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمنًا إلا خطأً ومن قتل مؤمنًا خطأً فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله﴾ [النساء:٩٢] وقال : ﴿وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به﴾ [الأحزاب:٥] .

وأما السنة؛ فقول النبي ﷺ : «عُفيَ لأمتي عن الخطأ والنسيان»[3] .

وأجمع أهل العلم على أنه لا قصاص عليه، وأما شريكه فأكثر أهل العلم لا يرون عليه قصاصاً وبه قال أبو حنيفة وأصحابه والشافعي . وعن أحمد أن عليه القصاص، وحكي ذلك عن مالك؛ لأنه شارك في القتل عمداً عدواناً فوجب عليه القصاص كشريك العامد .

---

(١) في الأصل زيادة: ولا العبد بالعبد.

(٢) في الأصل: تؤخذ وهو. وما أثبتناه من المغني ٩: ٣٧٩.

(٣) سبق تخريجه ص: ٢٤٤.

ولأن مؤاخذته بفعله وفعله عمد وعدوان لا عذر له فيه .

والأول أصح ؛ لأنه قتل لم يتمحض عمداً فلم يوجب القصاص كشبه العمد وكما لو قتله واحد بجرحين عمد وخطأ .

ولأن كل واحد من الشريكين مباشر ومتسبب فإذا كانا عامدين وكل واحد متسبب إلى فعل موجب للقصاص فقام فعل شريكه مقام فعله لتسببه إليه وهاهنا إذا أقمنا فعل المخطئ مقام فعل العامد صار كأنه قتله بعمد وخطأ وهذا غير موجب .

مسألة : **(ودية العبد قيمته وإن بلغت ديات)** .

أجمع أهل العلم على أن الواجب في قتل العبد خطأً أو عمداً لا يوجب القصاص قيمته إذا لم تبلغ دية الحر فإن بلغت قيمته دية الحر أو زادت عليها فذهب إمامنا أحمد إلى أن فيه قيمته بالغة ما بلغت وإن بلغت ديات عمداً كان القتل أو خطأً سواء ضمن باليد أو بالجناية وهذا قول سعيد بن المسيب والزهري ومالك والأوزاعي والشافعي وأبي يوسف ؛ لأنه مال متقوم فيضمن بكمال قيمته بالغة ما بلغت كالفرس أو مضمون بقيمته فكانت جميع القيمة كما لو ضمنه باليد ويخالف الحر فإنه ليس بمضمون بالقيمة وإنما ضمن بما قدره الشرع فلم يتجاوزه .

ولأن ضمان الحر ليس بضمان مال ولذلك لم يختلف باختلاف صفاته وهذا ضمان مال يزيد بزيادة المالية وينقص بنقصانها فاختلفا ، وقد حكى أبو الخطاب عن أحمد رواية أخرى أنه لا يبلغ بالعبد دية الحر والمذهب الأول . وا لله أعلم .

باب القود

القود : القصاص ولعله إنما سمي بذلك ؛ لأن المقتص منه في الغالب يقاد بشيء يربط فيه أو بيده إلى القتل فسمي القتل قوداً لذلك .

مسألة : قال أبو القاسم رحمه الله : (**ولو شق بطنه فأخرج حشوته فقطعها وأبانها منه ثم ضرب عنقه آخر فالقاتل هو الأول ولو شق بطنه ثم ضرب عنقه آخر فالثاني هو القاتل ؛ لأن الأول لا يعيش مثله والثاني قد يعيش**) .

أما إذا جنى عليه اثنان جنايتين نظرنا فإن كانت الأولى أخرجته من حكم الحياة مثل قطع حشوته أي ما في بطنه وإبانتها منه أو ذبحه ثم ضرب عنقه الثاني فالأول هو القاتل ؛ لأنه لا تبقى مع جنايته حياة فالقود عليه خاصة وعلى الثاني التعزير كما لو جنى على ميت ، وإن عفى الولي إلى الدية فهي على الأول وحده وإن كان جرح الأول يجوز بقاء الحياة معه مثل شق البطن من غير إبانة الحشوة أو قطع طرف ثم ضرب عنقه آخر فالثاني هو القاتل ؛ لأنه لم يخرج بجرح الأول من حكم الحياة فيكون الثاني هو المفوت لها فعليه القصاص في النفس والدية كاملة إن عفى عنه ، ثم ننظر في جرح الأول فإن كان موجباً للقصاص كقطع الطرف فالولي مخير بين قطع طرفه والعفو عن ديته أو العفو مطلقاً وإن كان لا يوجب القصاص كالجائفة ونحوها فعليه الأرش وإنما جعلنا عليه القصاص ؛ لأن فعل الثاني قطع سراية جراحه فصار كالمندمل الذي لا يسري وهذا مذهب الشافعي ولو كان جرح الأول يفضي إلى الموت لا محالة إلا أنه لا يخرج به من حكم الحياة وتبقى معه الحياة المستقرة مثل خرق المعى وأم الدماغ فضرب الثاني عنقه فالقاتل هو الثاني ؛ لأنه فوت حياة مستقرة وقتل من هو في حكم الحياة بدليل أن عمر لما جُرح دخل عليه الطبيب فسقاه لبناً فخرج من جرحه فعلم الطبيب أنه ميت فقال :

اعهد إلى الناس فعهد إليهم وأوصى وجعل الخلافة إلى أهل الشورى فقبل الصحابة عهده وأجمعوا على قبول وصاياه وعهده ، فلما كان حكم الحياة باقياً كان الثاني مفوتاً لها فكان هو القاتل كما لو قتل عليلاً لا يرجى برء علته .

مسألة : (**وإذا قطع يديه ورجليه ثم عاد فضرب عنقه قبل أن تندمل جراحه قتل ولم تقطع يداه ولا رجلاه في إحدى الروايتين عن أبي عبدا لله ، والرواية الأخرى قال إنه لأهل أن يفعل به كما فعل فإن عفى عنه الولي فعليه دية واحدة**) .

أما إذا جرح رجل رجلاً ثم ضرب عنقه قبل اندمال الجرح فالكلام في المسألة في حالين :

أحدهما : أن يختار الولي القصاص ، فاختلفت الرواية عن أحمد في كيفية الاستيفاء فعنه لا يستوفى إلا بالسيف في العنق ، وبه قال عطاء والثوري وأبو يوسف ومحمد ؛ لما روي عن النبي ﷺ أنه قال : «لا قَوَدَ إلا بالسَّيف»(1) . رواه ابن ماجة .

ولأن القصاص أحد بدلي النفس فدخل الطرف في حكم الجملة كالدية فإنه لو صار الأمر إلى الدية لم تجب إلا دية النفس .

ولأن القصد من القصاص في النفس تعطيل الكل وإتلاف الجملة وقد أمكن هذا بضرب العنق . فلا يجوز تعذيبه بإتلاف أطرافه ؛ كما لو قتله بسيف كال فإنه لا يقتل بمثله .

والرواية الثانية عن أحمد قال : إنه لأهل أن يفعل به كما فعل يعني أن للمستوفي أن يقطع أطرافه ثم يقتله وهذا مذهب عمر بن عبدالعزيز وأبي حنيفة ومالك والشافعي ؛ لقول الله تعالى : ﴿وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به﴾ [النحل :١٢٦] ، وقوله : ﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾ [البقرة :١٩٤] .

---

(١) أخرجه ابن ماجة في سننه (٢٦٦٧) ٢: ٨٨٩ كتاب الديات، باب لا قود إلا بالسيف.

و «لأن النبي عليه السلام رَضَخَ رأسَ يهودي لرضْخِه رأسَ جارية من الأنصار بين حجرين»[1] .

ولأن الله تعالى قال : ﴿والعين بالعين﴾ [المائدة :٤٥] وهذا قد قلع عينه فيجب أن تقلع عينه للآية وروي عن النبي ﷺ أنه قال : «منْ حَرَّقَ حرَّقنَاهُ، ومنْ غَرَّقَ غرَّقنَاه»[2] .

ولأن القصاص موضوع على المماثلة، ولفظه مشعر به . فوجب أن يستوفى منه ما فعل ؛ كما لو ضرب العنق آخر غيره .

وأما حديث : «لا قَوَدَ إلا بالسَّيف»[3] فقال أحمد : ليس إسناده بجيد .

الحال الثاني : أن يصير الأمر إلى الدية إما لعفو الولي أو لكون الفعل خطأ أو شبه عمد أو غير ذلك فالواجب دية واحدة وهو ظاهر مذهب الشافعي . وقال بعضهم : تجب دية الأطراف المقطوعة ودية النفس ؛ لأنه لما قطع سراية الجرح بقتله صار كالمستقر فأشبه ما لو قتله غيره ولهذا لم يسقط القصاص فيه .

ولنا أنه قاتل قبل استقرار الجرح فدخل أرش الجراحة في أرش النفس كما لو سرت إلى نفسه والقصاص في الأطراف على إحدى الروايتين لا يجب وإن وجب فإن القصاص لا يشبه الدية ؛ لأن سراية الجرح لا يسقط فيه وتسقط ديته .

فصل

ومتى قلنا له أن يستوفي بمثل ما فعل بوليه فأحب أن يقتصر على ضرب عنقه فله ذلك وهو أفضل وإن قطع أطرافه التي قطعها الجاني أو بعضها ثم عفى عن قتله فكذلك لأنه تارك بعض حقه وإن قطع بعض أطرافه ثم عفى إلى الدية لم يكن له ذلك ؛ لأن جميع ما فعل بوليه لا يجب به إلا دية واحدة فلا يجوز أن يستوفي بعضه

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٤٩٨٩) ٥: ٢٠٢٩ كتاب الطلاق ، باب الإشارة في الطلاق والأمور.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٦٧٢) ٣: ١٢٩٩ كتاب القسامة ، باب ثبوت القصاص في القتل بالحجر وغيره...

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٨: ٤٣ كتاب الجنايات، باب عمد القتل بالحجر وغيره...

(٣) سبق تخريجه ص: ٢٥٩.

ويستحق كمال الدية فإن فعل فله ما بقي من الدية فإن لم يبق منها شيء فلا شيء له ، وإن قلنا ليس له أن يستوفي إلا بضرب العنق فاستوفى منه بمثل ما فعل فقد أساء ولا شيء عليه سوى المأثم ؛ لأن فعل الجاني في الأطراف لم يوجب عليه شيئاً يختص بها فكذلك فعل المستوفي إن قطع طرفاً واحداً ثم عفى إلى الدية لم يكن إلا تمامها وإن قطع ما تجب به الدية ثم عفى لم يكن له شيء وإن قطع ما يجب به أكثر من الدية ثم عفى احتمل أن يلزمه ما زاد على الدية ؛ لأنه لا يستحق أكثر من دية وقد فعل ما يوجب أكثر منها فكانت الزيادة عليه ، واحتمل أن لا يلزمه شيء ؛ لأنه لو قتله لم يلزمه شيء فإذا ترك قتله وعفى عنه فأولى أن لا يلزمه شيء .

ولأنه فعل بعض ما فعل بوليه فلم يلزمه شيء كما لو قلنا له أن يستوفي مثل ما فعل به .

فصل

فإن قطع يديه ورجليه أو جرحه جرحاً يوجب القصاص إذا انفرد فسرى إلى النفس فله القصاص في النفس وهل له أن يستوفي القطع قبل القتل؟ على روايتين ذكرهما القاضي وبناؤهما على الروايتين المذكورتين في المسألة :

إحداهما : ليس له قطع الطرف وهو مذهب أبي حنيفة ؛ لأن ذلك يفضي إلى الزيادة على ما جناه الأول والقصاص يعتمد المماثلة ، فمتى خيف فيه الزيادة سقط كما لو قطع يده من نصف الذراع .

والثانية : يجب القصاص في الطرف فإن مات به وإلا ضربت عنقه وهذا مذهب الشافعي لما ذكرناه في أول المسألة ، وذكر أبو الخطاب أنه لا يقتص منه في الطرف رواية واحدة وأنه لا يصح تخريجه على الروايتين في المسألة لإفضاء هذا إلى الزيادة بخلاف المسألة والصحيح تخريجه على الروايتين وليس هذا بزيادة ؛ لأن فوات النفس بسراية فعله وسراية فعله كفعله فأشبه ما لو قطعه ثم قتله .

ولأن زيادة الفعل في الصورة محتمل في الاستيفاء كما لو قتله بضربة فلم يمكن قتله في الاستيفاء إلا بضربتين .

مسألة : (**وإن كانت الجراح برئت قبل قتله فعلى المعفو عنه ثلاث ديات إلا أن يريدوا القود فيقيدوا ويأخذوا من ماله ديتين**) .

أما إذا قطع يديه ورجليه فبرأت جراحته ثم قتله فقد استقر حكم القطع ولولي القتيل الخيار إن شاء عفى وأخذ ثلاث ديات دية لنفسه ودية ليديه ودية لرجليه وإن شاء قتله قصاصاً بالقتل وأخذ ديتين لأطرافه وإن أحب قطع أطرافه الأربعة وأخذ دية لنفسه وإن أحب قطع يديه وأخذ ديتين لنفسه ورجليه وإن أحب قطع رجليه وأخذ ديتين لنفسه ويديه وإن أحب قطع طرفاً واحداً وأخذ دية الباقي وإن أحب قطع ثلاثة أطراف وأخذ دية الباقي وكذلك سائر فروعها ؛ لأن حكم القطع استقر قبل القتل بالاندمال فلم يتغير حكمه بالقتل الحادث بعده كما لو قتله أجنبي[1] ولا نعلم في هذا خلافاً .

مسألة : (**ولو رمى وهو مسلم كافراً عبداً فلم يقع به السهم حتى عتق وأسلم فلا قود وعليه دية حر مسلم إذا مات من الرمية**) .

هذا قول ابن حامد ومذهب الشافعي . وقال أبو بكر : يجب القود ؛ لأن قتل مكافئاً له ظلماً عمداً فوجب القصاص كما لو كان حراً مسلماً حال الرمي يحققه أن الاعتبار بحال الإصابة بدليل ما لو رمى مسلماً حياً فلم يقع به السهم حتى ارتد أو مات لم يلزمه شيء ، ولو رمى عبداً كافراً فلم يقع به السهم حتى عتق وأسلم فعليه دية حر مسلم .

والدليل على درء القصاص : أنه لم يقصد إلى نفس مكافئه له حال الرمي فلم يجب عليه قصاص ؛ كما لو رمى حربياً أو مرتداً فأسلم .

والدليل على أنه مضمون ضمان الأحرار : أنه أتلف حراً فضمنه ضمان الأحرار كما لو قصد صيداً . والدلالة على أن ديته تجب لورثته دون سيده : أنه إذا

---

(١) زيادة من المغني ٩: ٣٩٦.

أسلم تجب ديته لورثته المسلمين دون الكفار ؛ لأنه مات مسلماً حراً فكانت ديته لورثته المسلمين كما لو كان كذلك حال رميه .

ولأن الميراث إنما يستحق بالموت فتعتبر حاله حينئذ لا حين سبب الموت بدليل ما لو مرض وهو عبد كافر ثم أسلم ومات بتلك العلة والواجب بدل المحل فتعتبر بالمحل الذي فات بها فيجب بقدره وقد فات بها نفس حر مسلم والقصاص جزاء الفعل فيعتبر الفعل فيه والإصابة معاً ؛ لأنهما طرفاه فلذلك لم يجب القصاص بقتله .

فصل

ولم يفرق الخرقي بين كون الكافر ذمياً أو غيره إلا أنه يتعين التفريق فيه فمتى رمى إلى حربي في دار الحرب فأسلم قبل وقوع الرمية به فلا دية له وفيه الكفارة ؛ لأنه رمي مندوب إليه مأمور به فأشبه ما لو قتله في دار الحرب يظنه حربياً وكان قد أسلم وكتم إسلامه وفيه رواية أخرى أن فيه الدية على عاقلة القاتل ؛ لأنه نوع خطأ فكذلك هاهنا ولو رمى مرتداً في دار الإسلام فأسلم ثم وقع السهم به ضمنه ؛ لأنه مفرط بإرسال سهمه عليه ؛ لأنه قتل المرتد إلى الإمام لا إلى آحاد الناس وقتله بالسيف لا بالسهم .

مسألة : (**وإذا قتل رجل اثنين واحداً بعد واحد فاتفق أولياء الجميع على القود أقيد**[1] **لهما وإن أراد ولي الأول القود والثاني الدية أقيد للأول وأعطي أولياء الثاني الدية من ماله . وكذلك إن أراد أولياء الأول الدية والثاني القود**) .

أما إذا قتل اثنين فاتفق أولياؤهما على قتله بهما وإن أراد أحدهما القود والآخر الدية أقيد لمن اختار القود وأعطي الثاني الدية من ماله سواء كان المختار للقود الثاني أو الأول وسواء قتلهما دفعة واحدة أو دفعتين فإن بادر أحدهما فقتله وجب للآخر الدية في ماله أيهما كان ؛ لقول النبي ﷺ لمن قتل له قتيل : «فأهله بين خيرتين إن أحبوا قتلوا وإن أحبوا أخذوا العقل»[2] .

---

(١) في الأصل: أقيم. وما أثبتناه من المغني ٩: ٤٠٥.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٤٥٠٤) ٤: ١٧٢ كتاب الديات، باب ولي العمد يرضى بالدية.

فظاهر هذا أن أهل كل قتيل يستحقون ما اختاروه من القتل أو الدية فإذا اتفقوا على القتل وجب لهم وإن اختار بعضهم الدية وجب له في ظاهر الخبر.

ولأنهما جنايتان لا تتداخلان إذا كانتا خطأ أو إحداهما فلم تتداخلا في العمد كالجنايات على الأطراف.

ولأنه محل تعلق به حقان لا يتسع لهما معاً رضى المستحقين به عنهما فيكتفى به كما لو قتل عبد عبدين خطأ فرضي بأخذه عنهما.

ولأنهما رضيا بدون حقهما فجاز كما لو رضي صاحب الصحيحة بالشلاء أو ولي الحر[1] بالعبد وولي المسلم بالكافر. وفارق ما إذا كان القتل خطأ فإن الجناية تجب في الذمة والذمة تتسع لحقوق كثيرة.

ولأن الجماعة قتلوا بالواحد اكتفاء لئلا يؤدي الاشتراك إلى إسقاط القصاص تغليظاً للقصاص ومبالغة في الزجر وفي مسألتنا ينعكس هذا فإنه إذا علم أن القصاص واجب عليه بقتل واحد وأن قتل الثاني والثالث لا يزداد به عليه حق بادر إلى قتل من يريد قتله وفعل ما يشتهي فعله فيصير هذا كإسقاط القصاص عنه ابتداء مع الدية.

فصل

وإن طلب كل ولي قتله بوليه مستقلاً من غير مشاركة قدم الأول؛ لأن حقه أسبق.

ولأن المحل صار مستحقاً له بالقتل الأول فإن عفى ولي الأول فلولي الثاني قتله وإن طالب قبل طلب الأول بعث الحاكم إلى ولي الأول فأعلمه وإن بادر الثاني فقتله أساء وسقط حق الأول إلى الدية وإن كان ولي الأول غائباً أو صغيراً أو مجنوناً انتظر وإن عفى أولياء الجميع إلى الديات فلهم ذلك وإن قتلهم دفعة واحدة وتشاحوا في المستوفى أقرع بينهم فقدم من تقع له القرعة لتساوي حقوقهم وإن بادر غيره فقتله استوفى حقه وسقط حق الباقين إلى الدية فإن قتلهم متفرقاً

(١) في الأصل: الحرة. وما أثبتناه من المغني ٩: ٤٠٦.

وأشكل الأول ولا بينة لهم فأقر القاتل لأحدهم قدم بإقراره وإن لم يقر أقرعنا بينهم لاستواء حقوقهم.

مسألة: (**وإذا جرحه جرحاً يمكن الاقتصاص منه بلا حيف اقتص منه**).

أما القصاص فيجري فيما دون النفس من الجروح إذا أمكن للنص والإجماع.

أما النص فقول الله تعالى: ﴿والجروح قصاص﴾ [المائدة: ٤٥] وروى أنس بن مالك «أن الرُّبَيِّع بنت النضر بن أنس كَسرتْ ثنيَّةَ جاريةٍ. فطلبوا إليها العفو. فأبوا. فعرضوا الأرش. فأبوا. فأتوا رسول الله ﷺ فأبوا إلا القصاص. فأمر رسول ﷺ بالقصاص. فقال أنس بن النضر: يا رسول الله! تكسر ثنية الربيّع لا والذي بعثك بالحق نبيًا، لا تكسر ثنيتها. فقال النبي ﷺ: يا أنس! كتاب الله القصاص. فرضي القوم فعفوا. فقال رسول الله ﷺ: إن من عباد الله من لو أقسم على الله لأبره»[1]. رواه الجماعة إلا البخاري والترمذي.

وأجمع المسلمون على جريان القصاص فيما دون النفس إذا أمكن.

ولأن ما دون النفس كالنفس في الحاجة إلى حفظه بالقصاص. فكان كالنفس في وجوبه.

فصل

ويشترط لوجوب القصاص في الجروح ثلاثة أشياء:

أحدها: أن يكون عمداً محضاً فأما الخطأ فلا قصاص فيه إجماعاً.

ولأن الخطأ لا يوجب القصاص في النفس وهي الأصل ففيما دونها أولى. ولا يجب بعمد الخطأ وهو أن يقصد ضربه بما لا يفضي إلى ذلك غالباً مثل: أن

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٥٥٦) ٢: ٩٦١ كتاب الصلح، باب الصلح في الدية.
وأخرجه أبو داود في سننه (٤٥٩٥) ٤: ١٩٧ كتاب الديات، باب القصاص من السن.
وأخرجه النسائي في سننه (٤٧٥٧) ٨: ٢٧ كتاب القسامة، القصاص من الثنية.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٦٤٩) ٢: ٨٨٤ كتاب الديات، باب القصاص في السن.
وأخرجه أحمد في مسنده (١٢٧٢٧) ٣: ١٦٧.

يضربه بحصاة لا يوضح مثلها فتوضحه فلا يجب به القصاص ؛ لأنه شبه العمد ولا يجب القصاص إلا بالعمد المحض . وقال أبو بكر : يجب به القصاص ولا يراعى فيه ذلك ؛ لعموم الآية .

الثاني : التكافؤ بين الجارح والمجروح وهو أن يكون الجاني يقاد من المجني عليه لو قتله كالحر المسلم مع الحر المسلم وأما من لا يقتل بقتله فلا يقتص منه فيما دون النفس كالمسلم مع الكافر والحر مع العبد والأب مع ابنه ؛ لأنه لا تؤخذ نفسه بنفسه فلا يؤخذ طرفه بطرفه ولا يجرح بجرحه كالمسلم مع المستأمن .

الثالث : إمكان الاستيفاء من غير حَيف ولا زيادة ؛ لأن الله قال : ﴿وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به﴾ [النحل:١٢٦] ، وقال : ﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾ [البقرة:١٩٤] .

ولأن دم الجاني معصوم إلا في قدر جنايته فما زاد عليها يبقى على العصمة فيحرم استيفاؤه بعد الجناية كتحريمه قبلها ومن ضرورة المنع من الزيادة المنع من القصاص ؛ لأنها من لوازمه فلا يمكن المنع منها إلا بالمنع منه وهذا لا خلاف فيه بين أهل العلم فيما علمناه .

إذا ثبت هذا فإن الجرح الذي يمكن استيفاؤه من غير زيادة هو كل جرح ينتهي إلى عظم كالموضحة في الرأس والوجه ولا نعلم في جواز القصاص في الموضحة خلافاً وهي كل جرح ينتهي إلى العظم في الرأس والوجه وذلك لأن الله نص على القصاص فلو لم يجب هاهنا لسقط حكم الآية وفي معنى الموضحة كل جرح ينتهي إلى عظم فيما سوى الرأس والوجه كالساعد والعضد والساق والفخذ في قول أكثر أهل العلم وهو منصوص الشافعي . وقال بعض أصحابه : لا قصاص فيها ؛ لأنه لا مقدر فيها وليس بصحيح ؛ لقول الله تعالى : ﴿والجروح قصاص﴾ [المائدة:٤٥] .

ولأنه أمكن استيفاؤها بغير حيف ولا زيادة ؛ لانتهائها إلى عظم فهي كالموضحة والتقدير في الموضحة ليس هو المقتضي للقصاص ولا عدمه مانعاً . وإنما

كان التقدير في الموضحة لكثرة شينها[1] وشرف محلها ولهذا قدر ما فوقها من شجاج الرأس والوجه ولا قصاص فيه وكذلك الجائفة أرشها مقدر ولا قصاص فيها».

فصل

ولا يستوفي القصاص فيما دون النفس بالسيف ولا بآلة يخشى منها الزيادة سواء كان الجرح بها أو بغيرها ؛ لأن القتل إنما استوفي بالسيف ؛ لأنه آلته وليس ثم شيء يخشى التعدى إليه فيجب أن يستوفي ما دون النفس بآلته ويتوقى ما يخشى منه الزيادة إلى محل لا يجوز استيفاؤه ؛ لأننا منعنا القصاص بالكلية فيما [تخشى الزيادة في استيفائه فلأن نمنع الآلة التي][2] يخشى منها ذلك أولى .

فإن كان الجرح موضحة أو ما أشبهها فبالموسى أو حديدة ماضية معدة لذلك ولا يستوفي في ذلك إلا من له علم بذلك كالجرائحي ومن أشبهه فإن لم يكن للولي علم بذلك أمر بالاستنابة ، وإن كان له علم فقال القاضي : ظاهر كلام أحمد أنه يمكن منه ؛ لأنه أحد نوعي القصاص فيمكن من استيفائه إذا كان يحسن كالقتل ويحتمل أن لا يمكن من استيفائه بنفسه ولا يليه إلا نائب الإمام أو من يستنيبه ولي الجناية وهذا مذهب الشافعي ؛ لأنه لا يؤمن مع العداوة وقصد التشفي الحيف في الاستيفاء بما لا يمكن تلافيه وربما أفضى إلى النزاع والاختلاف بأن يدعي الزيادة الجاني وينكرها المستوفي .

مسألة : (**وكذلك إذا قطع منه طرفاً من مفصل قطع منه مثل ذلك المفصل إذا كان الجاني يقاد من المجني عليه لو قتله**) .

أجمع أهل العلم على جريان القصاص في الأطراف وقد ثبت ذلك بقوله تعالى : ﴿والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسن بالسن والجروح قصاص﴾ [المائدة :٤٥] وخبر الربيع بنت النضر بن أنس .

---

(١) في الأصل: شبهها. وما أثبتناه من المغني ٩: ٤١١.

(٢) زيادة من المغني ٩: ٤١٢.

ويشترط لجريان القصاص فيها شروط خمسة :

أحدها : أن يكون عمداً على ما أسلفناه .

والثاني : أن يكون المجني عليه مكافئاً للجاني بحيث يقاد به لو قتله .

الثالث : أن يكون الطرف متساوياً للطرف فلا يؤخذ صحيح بأشل ولا كاملة الأصابع بناقصة ولا أصلية بزائدة ولا يشترط التساوي في الدقة والغلظ والصغر والكبر والصحة والمرض ؛ لأن اعتبار ذلك يفضي إلى إسقاط القصاص بالكلية .

الرابع : الاشتراك في الاسم الخاص فلا تؤخذ يمين بيسار ولا يسار بيمين ولا إصبع بمخالفة لها ولا جفن أو شفة إلا بمثلها .

الخامس : إمكان الاستيفاء من غير حيف وهو أن يكون القطع من مفصل فإن كان من غير مفصل فلا قصاص فيه من موضع القطع بغير خلاف نعلمه .

فصل

وفي قطع اليد ثمان مسائل :

أحدها : قطع الأصابع من مفاصلها فالقصاص واجب ؛ لأن لها مفاصل ويمكن القصاص من غير حيف ، وإن اختار الدية فله نصفها ؛ لأن في كل إصبع عشر الدية .

الثانية : قطعها من نصف الكف فليس له القصاص من موضع القطع ؛ لأنه ليس بمفصل فلا يؤمن الحيف فيه ، وإن أراد قطع الأصابع ففيه وجهان :

أحدهما : ليس له ذلك وهذا اختيار أبي بكر ؛ لأنه يقتص من غير موضع الجناية فلم يجز كما لو كان القطع من الكوع ، يحققه أن امتناع قطع الأصابع إذا قطع من الكوع إنما كان لعدم المقتضى أو لوجود مانع وأيهما كان فهو متحقق إذا كان القطع من نصف الكف .

ووجه الثاني : له قطع الأصابع . ذكره أصحابنا وهو مذهب الشافعي ؛ لأنه يأخذ دون حقه لعجزه عن استيفاء حقه فأشبه ما لو شجه هاشمة فاستوفى

مُوضحة ويفارق ما إذا قطع من الكوع ؛ لأنه أمكنه استيفاء حقه فلم يجز له العدول إلى غيره . وهل له حكومة في نصف الكف وجهان :

أحدهما : ليس له ذلك ؛ لأنه يجمع بين القصاص والأرش في عضو واحد فلم يجز كما لو قطع من الكوع .

والثاني : له أرش نصف الكف ؛ لأنه حق له تعذر استيفاؤه فوجب أرشه كسائر ما هذا حاله . وإن اختار الدية فله نصفها ؛ لأن قطع اليد من الكوع لا يوجب أكثر من نصف الدية فما دونه أولى .

الثالثة : قطع من الكوع فله قطع يده من الكوع ؛ لأنه مفصل وليس له قطع الأصابع ؛ لأنه غير محل الجناية فلا يستوفى منه مع إمكان الاستيفاء من محلها .

الرابعة : قطع من نصف الذراع فليس له أن يقطع من ذلك الموضع ؛ لأنه ليس بمفصل فله نصف الدية وحكومة في المقطوع من الذراع ، وهل له أن يقطع من الكوع؟ فيه وجهان كما ذكرنا فيمن قطع من نصف الكف ومن جوز له القطع من الكوع فعنده في وجوب الحكومة لما قطع من الذراع وجهان ، ويخرج أيضاً في جواز قطع الأصابع وجهان ، فإن قطع منها لم يكن له حكومة في الكف ؛ لأنه أمكنه أخذه قصاصاً فلم يكن له طلب أرشه كما لو كانت الجناية من الكوع .

الخامسة : قطع من المرفق فله القصاص منه ؛ لأنه مفصل فلم يجز له العدول إلى غيره وإن عفى إلى الدية فله دية اليد وحكومة للساعد .

السادسة : قطعها من العضد فلا قصاص فيها في أحد الوجهين وله دية اليد وحكومة للساعد وبعض العضد . والثاني : له القصاص من المرفق وهل له حكومة في الزائد ؟ على وجهين وهل له القطع من الكوع؟ يحتمل وجهين .

السابعة : قطع من المنكب فالواجب القصاص ؛ لأنه مفصل وإن اختار الدية فله دية اليد وحكومة لما زاد .

الثامنة : خلع عظم المنكب ويقال له : مشط الكف فيرجع فيه إلى اثنين من ثقات أهل الخبرة فإن قالا يمكن الاستيفاء من غير أن تصير جائفة استوفي وإلا صار

الأمر إلى الدية ، وفي جواز الاستيفاء من المرفق أو ما دونه مثل ما ذكرنا في نظائره ومثل هذه المسائل في الرجل ، فالساق كالذراع ، والفخذ كالعضد ، والورك كعظم الكتف والقدم كالكف .

مسألة : **(وليس في المأمومة ولا في الجائفة قصاص)** .

المأمومة من شجاج الرأس وهي : التي تَصل إلى جلدة الدماغ ، وتُسمى تلك الجلدة : أمّ الدِّماغ ؛ لأنها تجمعه . فالشجة الواصلة إليها تسمى مأمومة وآمة ؛ لوصولها إلى أم الدماغ .

والجائفة في البدن وهي التي تصل إلى الجوف وليس فيهما قصاص عند أحد من أهل العلم إلا ما روي عن ابن الزبير أنه أقص من المأمومة فأنكر الناس عليه وقالوا : ما سمعنا أحداً أقص منها قبل ابن الزبير . وممن لم ير في ذلك قصاصاً أبو حنيفة وأصحابه ومالك والشافعي .

وروى ابن ماجة في سننه عن العباس بن عبدالمطلب عن النبي ﷺ أنه قال : «لا قود في المأمومة ولا في الجائفة ولا في المنقلة»[1] .

ولأنهما جرحان لا تؤمن الزيادة فيهما فلم يجب فيهما قصاص ككسر العظام .

مسألة : **(وتقطع الأذن بالأذن)** .

أجمع أهل العلم على أن الأذن تؤخذ بالأذن وذلك لقول الله تعالى : ﴿والأذن بالأذن﴾ [المائدة :٤٥] .

ولأنها تنتهي إلى حد فاصل فأشبهت اليد ، وتؤخذ الكبيرة بالصغيرة ، وتؤخذ أذن السميع بأذن السميع وأذن الأصم ، وتؤخذ أذن الأصم بكل واحدة منهما ؛ لتساويهما فإن ذهاب السمع نقص في الرأس ؛ لأنه محله وليس بنقص فيهما وتؤخذ الصحيحة بالمثقوبة ؛ لأن الثقب ليس بعيب وإنما يفعل في العادة للقرط والتزين به فإن كان الثقب في غير محله أو كانت مخرومة أخذت بالصحيحة و لم

(١) أخرجه ابن ماجة في سننه (٢٦٣٧) ٢: ٨٨١ كتاب الديات ، باب ما لا قود فيه.

تؤخذ الصحيحة بها ؛ لأن الثقب إذا انخرم صار نقصاً فيها والثقب في غير محله عيب ، ويخير المجني عليه بين أخذ الدية إلا قدر النقص وبين أن يقتص فيما سوى المعيب ، وفي وجوب الحكومة له في قدر النقص وجهان ، وإن قطعت بعض أذنه فله أن يقتص من أذن الجاني بقدر ما قطع من أذنه ، ويقدر ذلك بالأجزاء فيؤخذ النصف بالنصف والثلث بالثلث وعلى حساب ذلك .

مسألة : **(والأنف بالأنف)** .

وأجمعوا على جريان القصاص في الأنف أيضاً للآية والمعنى ويؤخذ الكبير بالصغير والأقنى بالأفطس وأنف الأشم بأنف الأخشم الذي لا يشم ؛ لأن ذلك لعلة في الدماغ والأنف صحيح ، كما تؤخذ أذن السميع بأذن الأصم ، وإن كان بأنفه جذام أخذ به الأنف الصحيح ما لم يسقط منه شيء ؛ لأن ذلك مرض فإن سقط منه شيء لم يقطع به الصحيح إلا أن يكون من أحد جانبيه فيأخذ من الصحيح مثل ما بقي منه أو يأخذ أرش ذلك ، والذي يجب فيه القصاص أو الدية هو المارن وهو : ما لان منه دون قصبة الأنف ؛ لأن ذلك حد ينتهي إليه فهو كاليد يجب القصاص فيما ينتهي إلى الكوع ، وإن قطع الأنف كله مع القصبة فعليه القصاص في المارن وحكومة للقصبة هذا قول ابن حامد ومذهب الشافعي وفيه وجه آخر أنه لا يجب مع القصاص حكومة كيلا يجتمع في عضو واحد قصاص ودية .

وقياس قول أبي بكر أنه لا يجب القصاص هاهنا ؛ لأنه يضع الحديدة في غير الموضع الذي وضعها الجاني فيه فلم يملك ذلك كقوله فيمن قطع اليد من نصف الذراع أو الكف .

وذكر القاضي هاهنا كقول أبي بكر وفي نظائره مثل قول ابن حامد ولا يصح التفريق مع التساوي وإن قطع بعض الأنف قدّر بالأجزاء وأخذ منه بقدر ذلك كقولنا في الأذن ولا يؤخذ بالمساحة لئلا يفضي إلى قطع[1] جميع أنف الجاني

---

(١) زيادة من المغني ٩: ٤٢٤.

لصغره ببعض أنف المجني عليه لكبره، ويؤخذ المنخر الأيمن بالأيمن والأيسر بالأيسر ولا يؤخذ أيمن بأيسر ولا أيسر بأيمن ويؤخذ الحاجز بالحاجز؛ لأنه يمكن القصاص فيه؛ لانتهائه إلى حد.

مسألة: **(والذكر بالذكر)**.

لا نعلم بين أهل العلم خلافاً في أن القصاص يجري في الذكر؛ لقوله تعالى: ﴿والجروح قصاص﴾ [المائدة:٤٥].

ولأن له حداً ينتهي إليه ويمكن القصاص فيه من غير حيف فوجب القصاص كالأنف ويستوي في ذلك ذكر الصغير والكبير والشيخ والشاب والذكر الكبير والصغير والصحيح والمريض؛ لأن ما وجب فيه القصاص من الأطراف لم يختلف بهذه المعاني كذلك الذكر ويؤخذ كل واحد من المختون والأغلف بصاحبه؛ لأن الغلفة زيادة تستحق إزالتها فهي كالمعدومة.

وأما ذكر الخصي والعنين فذكر الشريف أن غيرهما لا يؤخذ بهما وهو قول مالك؛ لأنه لا منفعة فيهما؛ لأن العنين لا يطأ ولا ينزل والخصي لا يولد له ولا ينزل أو لا يكاد يقدر على الوطء فهما كالأشل.

ولأن كل واحد منهما ناقص فلا يؤخذ به الكامل كاليد الناقصة بالكاملة.

وقال أبو الخطاب: يؤخذ غيرهما بهما في أحد الوجهين وهو مذهب الشافعي؛ لأنهما عضوان صحيحان ينقبضان وينبسطان فيؤخذ بهما غيرهما كذكر الفحل غير العنين وإنما عدم الإنزال لذهاب الخصية والعنة لعلة في الظهر فلم يمنع ذلك من القصاص بهما كإذن الأصم وأنف الأخشم. وقال القاضي: لا يؤخذ ذكر الفحل بالخصي لتحقق نقصه والإياس من برئه وفي أخذه بذكر العنين وجهان:

أحدهما: يؤخذ به غيره؛ لأنه غير مأيوس من زوال عنته ولذلك يؤجل سنة بخلاف الخصي. والصحيح الأول فإذنه إذا ترددت الحال بين كونه مساوياً للآخر وعدمه لم يجب القصاص؛ لأن الأصل عدمه فلا يجب بالشك سيما وقد حكمنا بانتفاء التساوي لقيام الدليل على عنته وثبوت عيبه ويؤخذ كل واحد من الخصي والعنين بمثله لتساويهما كما يؤخذ العبد بالعبد والذمي بالذمي.

مسألة : (والأنثيان بالأنثيين) .

ويجري القصاص في الأنثيين لما ذكرنا من النص والمعنى لا نعلم فيه خلافاً فإن قطع إحداهما وقال أهل الخبرة إنه يمكن أخذها مع سلامة الأخرى جاز وإن قالوا لا يؤمن تلف الأخرى لم يؤخذ خشية الحيف ويكون فيها نصف الدية ، وإن أمن تلف الأخرى أخذت اليمنى باليمنى واليسرى باليسرى لما ذكرنا في غيرهما .

مسألة : (وتقلع العين بالعين) .

أجمع أهل العلم على القصاص في العينين وممن بلغنا قوله في ذلك مسروق والحسن وابن سيرين وأبو حنيفة وأصحابه ومالك والشافعي ، وروي عن علي . والأصل فيه قول الله : ﴿والعين بالعين﴾ [المائدة :٤٥] .

ولأنها تنتهي إلى مفصل فجرى القصاص فيها كاليد وتؤخذ عين الشاب بعين الشيخ المريضة وعين الصغير بعين الكبير والأعمش ولا تؤخذ صحيحة بقائمة ؛ لأنه يأخذ أكثر من حقه .

فصل

فإن قلع عينه بإصبعه لم يجز أن يقتص بإصبعه ؛ لأنه لا يمكن المماثلة فيه وإن لطمه فذهب ضوء عينه لم يجز أن يقتص منه باللطمة ؛ لأن المماثلة فيها غير ممكنة ولهذا لو انفردت من إذهاب الضوء لم يجب فيها القصاص ويجب القصاص في البصر فيعالج بما يذهب ببصره من غير أن يقلع عينه كما روى يحيى بن جعدة أن أعرابياً قدم بحلوبة له إلى المدينة فساومه فيها مولى لعثمان بن عفان فنازعه فلطمه ففقأ عينه فقال له عثمان : هل لك أن أضعف لك الدية وتعفو عنه؟ فأبى فرفعهما إلى علي فدعا علي بمرآة فأحماها ثم وضع القطن على عينه الأخرى ثم أخذ المرآة بكلبتين فأدناها من عينه حتى سال إنسان عينه وإن وضع فيها كافوراً يذهب بضوئها من غير أن يجني على الحدقة جاز وإن لم يمكن إلا بالجناية على العضو سقط القصاص ؛ لتعذر المماثلة .

وذكر القاضي أنه يقتص منه باللطمة فيلطمه المجني عليه مثل لطمته فإن ذهب ضو عينه وإلا كان له أن يذهبه بما ذكرنا وهذا مذهب الشافعي وهذا لا يصح ؛ لأن اللطمة لا يقتص منها منفردة فلا يقتص منها إذا سرت إلى العين كالشجة إذا كانت دون الموضحة .

ولأن اللطمة إذا لم تكن في العين لا يقتص منها بمثلها مع الأمن من إفساد العضو في العين[1] فمع خوف ذلك أولى .

ولأنه قصاص فيما دون النفس فلم يجز بغير الآلة المعدة كالموضحة .

وقال القاضي : لا يجب القصاص إلا أن تكون اللطمة تذهب بذلك غالباً فإن كانت لا تذهب به غالباً فذهب فهو شبه عمد لا قصاص فيه وهو قول الشافعي ؛ لأنه فعل لا يفضي إلى الفوات غالباً فلم يجب به القصاص كشبه العمد في النفس .

وقال أبو بكر : يجب القصاص بكل حال لعموم قوله : ﴿والعين بالعين﴾ [المائدة : ٤٥] .

ولأن اللطمة إذا أسالت إنسان العين كانت بمنزلة الجرح ولا يعتبر في الجرح الإفضاء إلى التلف غالباً .

مسألة : **(والسن بالسن)** .

أجمع أهل العلم على القصاص في السن للآية وحديث الربيع .

ولأن القصاص فيها ممكن ؛ لأنها محدودة في نفسها فوجب القصاص كالعين وتؤخذ بالصحيحة وتؤخذ المكسورة بالصحيحة ؛ لأنه يأخذ بعض حقه وهل يأخذ مع القصاص أرش الباقي؟ فيه وجهان ذكرناهما فيما مضى .

ولا يقتص إلا من سن من اثغر أي سقطت رواضعه ثم نبتت ، يقال لمن سقطت رواضعه ثغر فهو مثغور فإذا نبتت قيل ثغر وأثغر لغتان ، وإن قلع سن من لم يثغر لم يقتص من الجاني في الحال وهذا قول أبي حنيفة وأصحابه ومالك والشافعي ؛ لأنها تعود بحكم العادة فلا يقتص منها كالشعر ، ثم إن عاد بدل السن

---

(١) في الأصل: من إفساد القصد. وما أثبتناه من المغني ٩: ٤٢٩.

في محلها مثلها على صفتها فلا شيء على الجاني كما لو قلع شعره ثـم نبـت ، وإن عادت مائلة عن محلها أو متغيرة عن صفتها كان عليـه حكومـة ؛ لأنهـا لـو لم تعـد ضمن السن فإن عـادت ناقصـة ضمـن مـا نقـص وإن عـادت قصـيرة ضمـن منهـا بالحساب ففي ثلثها ثلث ديتها وفي ربعها ربعها .

مسألة : **(وإن كسر بعضها برد من سن الجاني مثله)** .

أما القصاص فجاز في بعض السن ؛ لأن الربيع كسرت سن جارية فأمر النبي ﷺ بالقصاص .

ولأن ما جرى القصاص في جملته جـرى في بعضـه إذا أمكـن كـالإذن فيقـدر ذلك بالإجزاء فيؤخذ النصف بالنصف والثلث بالثلث وكل جـزء بمثلـه ولا يؤخـذ ذلك بالمساحة لئلا يفضي إلى أخذ سن الجـاني ببعـض سـن المجني عليـه ، ويكـون القصاص بالمبرد ليؤمن أخذ الزيادة فإنا لو أخذناها بالكسر لم نـأمن أن تتصـدع أو تنقلع أو تنكسر من غير موضع القصاص فـلا يقتـص حتـى يقـول أهـل الخـبرة إنـه يؤمن انقلاعها أو السواد فيها ؛ لأن توهم الزيادة يمنع القصاص في الأعضاء كما لو قطعت يده من غير مفصل .

مسألة : **(ولا تؤخذ يمين بيسار ولا يسار بيمين)** .

هذا قول أكثر أهل العلم منهم أبو حنيفة وأصحابه ومـالك والشـافعي ، لأن كل واحدة منهما تختص باسم فلا تؤخذ إحداهما بالأخرى كاليد مع الرجل .

فعلى هذا كل ما انقسم إلى يمين ويسار كاليدين والرجلين والأذنين والمنخرين والثديين والإليتين والأنثيين لا يؤخذ أحدهما بالأخرى .

مسألة : **(وإذا كان القاطع سالم الطرف والمقطوعة شلاء فلا قود)** .

لا نعلم أحداً من أهل العلم قال بوجوب قطع يد أو رجـل أو لسـان صحيـح بأشل إلا ما حكي عن داود أنه أوجب ذلك ؛ لأن كل واحد منهما مسمى باسـم صاحبه فيؤخذ به كالأذنين .

ولنـا أن الشـلاء لا نفـع فيهـا سـوى الجمـال فـلا يؤخـذ بهـا مـا فيـه نفـع كالصحيحة لا تؤخذ بالقائمة وما ذكره قياس وهو لا يقول بالقيـاس وإذا لم يجب

القصاص في العينين مع قول الله : ﴿والعين بالعين﴾ [المائدة:٤٥] لأجل تفاوتهما في الصحة والعمى فلئلا يجب فيما لا نص فيه أولى .

مسألة : **(وإذا كان القاطع أشل والمقطوعة سالمة فشاء المظلوم أخذها فذلك له ولا شيء له غيرها وإن شاء عفى وأخذ دية يده)** .

أما إذا اختار الدية فله دية يده لا نعلم فيه خلافاً ؛ لأنه عجز عن استيفاء حقه على الكمال بالقصاص فكانت له الدية كما لو لم يكن للقاطع يد وهذا قول أبي حنيفة ومالك والشافعي . وإن اختار القصاص سأل أهل الخبرة فإن قالوا إذا قطع لم تنسد العروق ودخل الهواء إلى البدن فأفسده سقط القصاص ؛ لأنه لا يجوز أخذ نفس بطرف وإن أمن هذا فله القصاص ؛ لأنه رضي بدون حقه فكان له ذلك كما لو رضي المسلم بالقصاص من الذمي والرجل من المرأة والحر من العبد وليس له مع القصاص أرش ؛ لأن الشلاء كالصحيحة في الخلقة وإنما نقصت في الصفة فلم يكن له أرش كالصور التي ذكرناها . وقال أبو الخطاب : عندي له أرش مع القصاص على قياس قوله في عين الأعور . والأول أصح فإن إلحاق هذا الفرع بالأصول المتفق عليها أولى من إلحاقه بفرع مختلف فيه خارج عن الأصول مخالف للقياس .

مسألة : **(وإذا قتل وله وليان بالغ وطفل أو غائب لم يقتل حتى يقدم الغائب ويبلغ الطفل)** .

أما إذا كان ورثة القتيل أكثر من واحد لم يجز لبعضهم استيفاء القود إلا بإذن الباقين فإن كان بعضهم غائباً انتظر قدومه و لم يجز للحاضر الاستقلال بالاستيفاء بغير خلاف علمناه وإن كان بعضهم صغيراً أو مجنوناً فظاهر مذهب أحمد أنه ليس لغيرهما الاستيفاء حتى يبلغ الصبي ويفيق المجنون وبهذا قال ابن شبرمة وابن أبي ليلى والشافعي وأبو يوسف وإسحاق . وعن أحمد : للكبار العقلاء استيفاؤه وبه قال الأوزاعي وأبو حنيفة ومالك ؛ لأن الحسن بن علي قتل ابن ملجم قصاصاً وفي الورثة صغار فلم ينكر ذلك .

ولأن ولاية القصاص هي استحقاق استيفائه وليس للصغير هذه الولاية .

ووجه ما نقله الخرقي : أنه قصاص غير متحتم ثبت لجماعة معينين فلم يجز لأحدهم استيفاؤه استقلالاً كما لو كان بين حاضر وغائب أو أحد بدلي النفس فلم ينفرد به بعضهم كالدية ، والدليل على أن للصغير والمجنون فيه حقاً أربعة أمور :

أحدها : أنه لو كان منفرداً لا استحقه ولو نافاه الصغر مع غيره لنافاه منفرداً كولاية النكاح .

الثاني : أنه لو بالغ لا استحق ولو لم يكن مستحقاً عند الموت لم يكن مستحقاً عنده كالرقيق إذا عتق بعد موت أبيه .

الثالث : أنه لو صار الأمر إلى المال لا استحق ولو لم يكن مستحقاً للقصاص لما استحق بدله كالأجنبي .

الرابع : أنه لو مات الصغير لاستحقه ورثته ولو لم يكن حقاً له لم يرثه وارثه كسائر ما لا يستحقه ، وأما ابن ملجم فقد قيل أنه قتله لكفره ؛ لأنه قتل علياً مستحلاً لدمه معتقداً كفره متقرباً إلى الله تعالى ، وقيل قتله لسعيه في الأرض بالفساد وإظهار السلاح فيكون كقاطع الطريق إذا قتل وهو متحتم وهو إلى الإمام والحسن هو الإمام ولذلك لم ينتظر الغائبين من الورثة ولا خلاف بيننا في وجوب انتظارهم وإن قدر أنه قتله قصاصاً فقد اتفقنا على خلافه فكيف يحتج به بعضنا على بعض .

مسألة : **(ومن عفى من ورثة المقتول عن القصاص لم يكن إلى القصاص سبيل وإن كان العافي زوجاً أو زوجة)** .

أجمع أهل العلم على إجازة العفو عن القصاص وأنه أفضل . والأصل فيه الكتاب والسنة .

أما الكتاب فقول الله تعالى في سياق قوله : ﴿كُتب عليكم القصاص في القتلى –[إلى قوله :][1]– فمن عُفي له من أخيه شيءٌ فاتباعٌ بالمعروف وأداءٌ إليه

(١) زيادة يقتضيها السياق.

بإحسان﴾ [البقرة:١٧٨]، وقال تعالى: ﴿وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس -إلى قوله-: والجروح قصاص فمن تصدق به فهو كفارة له﴾ [المائدة:٤٥] قيل في تفسيره: فهو كفارة للجاني بعفو صاحب الحق عنه، وقيل فيه فهو كفارة للعافي بصدقته.

وأما السنة؛ فإن أنس بن مالك قال: «ما رأيتُ رسول الله ﷺ رُفعَ إليه شيءٌ فيه قصاصٌ إلا أمرَ فيه بالعفو»[1]. رواه الخمسة إلا الترمذي.

وعن أبي الدرداء قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «ما من رجل يُصاب بشيءٍ في جسده فيتصدَّقُ به إلا رفعه الله درجة وحط عنه به خطيئة»[2] رواه ابن ماجة والترمذي.

إذا ثبت هذا فالقصاص حق لجميع الورثة من ذوي الأنساب والأسباب والرجال والنساء والصغار والكبار فمن عفى منهم صح عفوه وسقط القصاص ولم يبق لأحد إليه سبيل. هذا قول أكثر أهل العلم منهم عطاء والنخعي وأبو حنيفة والشافعي، وروي هذا عن عمر. وقال الحسن وقتادة وابن شبرمة والليث والأوزاعي: ليس للنساء عفو، والمشهور عن مالك أنه موروث للعصبات خاصة وهو وجه لأصحاب الشافعي؛ لأنه ثبت لدفع العار فاختص به العصبات كولاية النكاح. ولهم وجه ثالث أنه لذوي الأنساب دون الزوجين؛ لقول النبي ﷺ: «من قتل له قتيل فأهله بين خيرتين بين أن يقتلوا أو يأخذوا العقل»[3] وأهله ذو رحمة.

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٤٤٩٧) ٤: ١٦٩ كتاب الديات، باب الإمام يأمر بالعفو في الدم.
وأخرجه النسائي في سننه (٤٧٨٤) ٨: ٣٧ كتاب القسامة، الأمر بالعفو عن القصاص.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٦٩٢) ٢: ٨٩٨ كتاب الديات، باب العفو في القصاص.
وأخرجه أحمد في مسنده (١٢٨٠٨) طبعة إحياء التراث.

(٢) أخرجه الترمذي في جامعه (١٣٩٣) ٤: ١٤ كتاب الديات، باب ما جاء في العفو.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٦٩٣) ٢: ٨٩٨ كتاب الديات، باب العفو في القصاص.

(٣) أخرجه أبو داود في سننه (٤٥٠٤) ٤: ١٧٢ كتاب الديات، باب ولي العمد يرضى بالدية.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٤٠٦) ٤: ٢١ كتاب الديات، باب ما جاء في حكم ولي القتيل في القصاص والعفو.

وذهب بعض أهل المدينة إلى أن القصاص لا يسقط بعفو بعض الشركاء، وقيل هو رواية على مالك؛ لأن حق غير العافي لم يرض بإسقاطه وقد تؤخذ النفس ببعض النفس بدليل قتل الجماعة بالواحد.

ولنا عموم قوله عليه السلام: «فأهله بين خيرتين» وهذا عام في جميع أهله والمرأة من أهله بدليل قوله عليه السلام: «من يعذرني من رجل بلغني أذاه في أهلي. وما علمت على أهلي إلا خيرًا. ولقد ذكروا رجلاً ما علمت عليه إلا خيرًا وما كان يدخل على أهلي إلا معي، يريد عائشة. وقال له أسامة: يا رسول الله! أهلك[1] ولا نعلم إلا خيرًا»[2].

وروى زيد بن وهب: «أن عمر أُتي برجل قَتَلَ قتيلاً. فجاء ورثة المقتول ليقتلوه. فقالت امرأة المقتول وهي أخت القاتل: قد عفوت عن حقي. قال عمر: الله أكبر! عتَق القتيل»[3]. رواه أبو داود.

وفي رواية عن زيد قال: «دخل رجل على امرأته فوجد عندها رجلاً فقتلها. فاستعدى إخوتها عمر، فقال بعض إخوتها: قد تصدقت. فقضى لسائرهم بالدية»[4].

وروى قتادة «أن عمر رُفع إليه رجل قتل رجلاً، فجاء أولاد المقتول وقد عفى بعضهم، فقال عمر لابن مسعود: ما تقول؟ قال: إنه قد أُحرز من القتل. فضرب على كتفه وقال: كُنَيْفٌ مُلِئَ علماً»[5].

والدليل على أن القصاص لجميع الورثة ما ذكرناه في مسألة القصاص بين الصغير والكبير.

---

(١) زيادة من الصحيح.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٣٩١٠) ٤: ١٥١٧ كتاب المغازي، باب حديث الإفك.
وأخرجه مسلم في صحيحه (٢٧٧٠) ٤: ٢١٢٩ كتاب التوبة، باب في حديث الإفك وقبول توبة القاذف.

(٣) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه (١٨١٨٨) ١٠: ١٣ كتاب العقول، باب العفو.

(٤) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٨: ٥٨ كتاب الجنايات، باب عفو بعض الأولياء عن القصاص دون بعض.

(٥) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه (١٨١٨٧) ١٠: ١٣ كتاب العقول، باب العفو.

ولأن من ورث الدية ورث القصاص كالعصبة فإذا عفى بعضهم صح عفوه عن سائر حقوقه وزوال الزوجية لا يمنع استحقاق القصاص كما لم يمنع استحقاق الدية وسائر حقوقه الموروثة ، ومتى ثبت أنه حق مشترك بين جميعهم سقط بإسقاط من كان من أهل الإسقاط منهم ؛ لأن حقه منه له فينفذ تصرفه فإذا سقط سقط جميعه ؛ لأنه مما لا يتبعض كالطلاق والعتاق .

ولأن القصاص حق مشترك بينهم لا يتبعض مبناه على الدرء والإسقاط فإذا أسقط بعضهم سرى إلى الباقي كالعتق والمرأة أحد المستحقين فسقط بإسقاطها كالرجل . ومتى عفى أحدهم فللباقين حقهم من الدية سواء عفى مطلقاً أو إلى الدية وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ولا أعلم لهما مخالفاً ممن قال بسقوط القصاص وذلك لأن حقه من القصاص سقط بغير رضاه فثبت له البدل كما لو ورث القاتل بعض دمه أو مات ولما ذكرناه من خبر عمر رضي الله عنه .

مسألة : **(وإذا اشترك الجماعة في القتل فأحب الأولياء أن يقتلوا الجميع فلهم ذلك وإن أحبوا أن يقتلوا البعض ويعفوا عن البعض ويأخذوا الدية من الباقين فلهم ذلك)** .

أما قتلهم للجميع فقد ذكرناه فيما مضى وأما إن أحبوا قتل البعض فلهم ذلك ؛ لأن كل من لهم قتله فلهم العفو عنه كالمنفرد ولا يسقط القصاص عن البعض لعفو البعض ؛ لأنهما شخصان فلا يسقط القصاص عن أحدهما بإسقاطه عن الآخر كما لو قتل كل واحد رجلاً ، وأما إذا اختاروا أخذ الدية من القاتل أو من بعض القتلة فإن لهم ذلك من غير رضى الجاني وبهذا قال سعيد بن المسيب وابن سيرين والشافعي . وعن أحمد ليس للأولياء إلا القتل إلا أن يصطلحا على الدية برضى الجاني وبهذا قال النخعي وأبو حنيفة ومالك احتجاجاً بقوله تعالى : ﴿كتب عليكم القصاص﴾ [البقرة :١٧٨] والمكتوب لا يتخير فيه .

ولأنه متلف يجب به البدل فكان بدله معيناً كسائر المتلفات .

ووجه الرواية الأولى وهي أصح قول الله تعالى : ﴿فمن عفي له من أخيه شيء فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان﴾ [البقرة :١٧٨] .

قال ابن عباس: «كان في بني إسرائيلَ القصاصُ ولم تكنْ فيهمُ الديّةُ فأنزل الله هذه الآية: ﴿كُتب عليكم القصاص في القتلى... الآية -إلى قوله:- فمن عفي له من أخيه شيء﴾ [البقرة:١٧٨]، فالعفو أن يقبل في العمد الدية فاتباع بالمعروف يتبع الطالب بالمعروف ويؤدي إليه المطلوب بإحسان ذلك تخفيف من ربكم مما كتب على من كان قبلكم»[1] رواه البخاري.

وروى أبو هريرة قال: «قام رسول الله ﷺ فقال: منْ قُتِلَ له قتيلٌ فهو بخير النظرين: إما أن يُودَى، وإما أن يقاد»[2] رواه الجماعة.

وروى أبو شريح أن النبي ﷺ قال: «ثم أنتمْ يا خُزاعةَ قد قَتلتُمْ هذا القتيلَ وأنا والله عاقلُه. فمن قَتَلَ بعدَهُ قَتيلاً فأهلُه بين خِيَرَتَيْنِ: إن أحبُّوا قَتَلُوا وإن أحبُّوا أخذوا الديّة»[3]. رواه أبو داود وغيره.

ولأن القتل المضمون إذا سقط فيه القصاص من غير إبراء ثبت المال كما لو عفى بعض الورثة ويخالف بدل سائر المتلفات؛ لأن بدلها يجب من جنسها وهاهنا يجب في الخطأ وعمد الخطأ من غير الجنس فإذا رضي في العمد ببدل الخطأ كان له ذلك؛ لأنه أسقط بعض حقه.

ولأن القاتل أمكنه إحياء نفسه ببذل الدية فلزمه وينتقض ما ذكروه بما إذا كان رأس الشاج أصغر أو يد القاطع أنقص فإنهم يسلموا فيهما.

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٤٢٢٨) ٤: ١٦٣٦ كتاب تفسير القرآن، باب: ﴿يا أيها الذين آمنوا كتب...﴾.
وأخرجه النسائي في سننه (٤٧٨١) ٨: ٣٦ كتاب القسامة، تأويل قوله عز وجل: ﴿فمن عفي له من أخيه...﴾.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٦٤٨٦) ٦: ٢٥٢٢ كتاب الديات، باب من قُتل له قتيل فهو بخير النظرين.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٣٥٥) ٢: ٩٨٨ كتاب الحج، باب تحريم مكة وصيدها وخلاها وشجرها.
وأخرجه أبو داود في سننه (٤٥٠٥) ٤: ١٧٢ كتاب الديات، باب ولي العمد يرضى بالدية.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٤٠٥) ٤: ٢١ كتاب الديات، باب ما جاء في حكم ولي القتيل في القصاص والعفو.
وأخرجه النسائي في سننه (٤٧٨٥) ٨: ٣٨ كتاب القسامة، هل يؤخذ من قاتل العمد الدية...
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٦٢٤) ٢: ٨٧٦ كتاب الديات، باب من قتل له قتيل فهو بالخيار بين إحدى ثلاث.
وأخرجه أحمد في مسنده (٧٢٠١) طبعة إحياء التراث.

(٣) أخرجه أبو داود في سننه (٤٥٠٤) ٤: ١٧٢ كتاب الديات، باب ولي العمد يرضى بالدية.

فرع : وإذا اشترك الجماعة في القتل فعفي عنهم إلى الدية فعليهم دية واحدة وإن عفي عن بعضهم فعلى المعفو عنه قسطه من الدية ؛ لأن الدية بدل المحل وهو واحد فتكون ديته واحدة سواء أتلفه واحد أو جماعة .

وقال ابن أبي موسى : فيه رواية أخرى أن على كل واحد دية نفس كاملة [لأن له قتل كل واحد منهم فكان على كل واحد منهم دية نفس كاملة][1] ؛ كما لو قلع الأعور عين صحيح فإنه تجب عليه دية عينه وهو دية كاملة . والصحيح الأول ؛ لأن الواجب بدل نفس المقتول فلا تتعد ديته كما لو كان القاتل واحداً ولذلك لو قتل عبد قيمته ألفان حراً لم يملك العفو على أكثر من الدية . وأما القصاص فإنه عقوبة على الفعل فيتعدد بتعدده .

مسألة : (**وإذا قتل من للأولياء أن يقيدوا به فبذل القاتل أكثر من الدية على أن لا[2] يقاد فللأولياء قبول ذلك**) .

أما من له القصاص فله أن يصالح عنه بأكثر من الدية وبقدرها وأقل منها لا أعلم فيه خلافاً ؛ لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : قال رسول الله ﷺ : «منْ قتل عمداً دُفع إلى أولياء المقتول . فإن شاؤا قتَلُوا ، وإن شاؤا أخذوا الدية : ثلاثين حقةً ، وثلاثين جذعةً ، وأربعين خَلِفَةً . وما صُولحوا عليه فهوَ لهم ، وذلك لتشديدِ القتل»[3] . رواه الترمذي وقال : حديث حسن غريب .

ولأنه عوض عن غير مال فجاز الصلح عنه بما اتفقوا عليه كالصداق وعوض الخلع .

ولأنه صلح عما لا يجري فيه الربا فأشبه الصلح عن العروض .

مسألة : (**وإذا أمسك رجلاً وقتله آخر قُتل القاتل وحُبس الماسك حتى يموت**) .

---

(١) زيادة من المغني ٩: ٤٧٦.

(٢) زيادة من المغني ٩: ٤٧٧.

(٣) أخرجه الترمذي في جامعه (١٣٨٧) ٤: ١١ كتاب الديات، باب ما جاء في الدية كم هي من الإبل؟

يقال : أمسك ومسّك ومسَك وقد جمع الخرقي بين اللغتين فقال : وإذا أمسك وحبس الماسك وهو اسم الفاعل من مسك مخففاً ولا خلاف في أن القاتل يقتل؛ لأنه قتل من يكافئه عمداً بغير حق، وأما الممسك فإن لم يعلم أن القاتل يقتله فلا شيء عليه؛ لأنه متسبب والقاتل مباشر فيسقط حكم المتسبب به وإن أمسكه له ليقتله مثل إن ضبطه له حتى ذبحه فاختلفت الرواية فيه عن أحمد فروي عنه أنه يحبس حتى يموت وهذا قول عطاء وربيعة وروي ذلك عن علي وعن أحمد أنه يقتل أيضاً، وهو قول مالك. قال سليمان ابن أبي[1] موسى : الاجتماع فينا أن يقتلا؛ لأنه لو لم يمسكه ما قدر على قتله وبإمساكه تمكن من قتله فالقتل حاصل بفعلهما فيكونان شريكين فيه فيجب عليهما القصاص كما لو جرحاه.

ووجه ما نقله الخرقي ما روى الدارقطني بإسناده عن ابن عمر أن النبي ﷺ قال : «إذا أمسك الرجل وقتله الآخر يقتل الذي قتل، ويحبس الذي أمسك»[2].

ولأنه حبسه إلى الموت. فيحبس الآخر إلى الموت؛ كما لو حبسه عن الطعام والشراب حتى مات فإنا نفعل به ذلك حتى يموت.

مسألة : (**ومن أمر عبده أن يقتل رجلاً وكان العبد أعجمياً لا يعلم أن القتل محرم قتل السيد وإن كان يعلم خطر القتل قتل العبد وأدب السيد**).

إنما ذكر كونه أعجمياً وهو الذي لا يفصح ليتحقق منه الجهل وإنما يكون في حق من نشأ في غير بلاد الإسلام وأما من أقام في بلاد الإسلام بين أهله فلا يخفى عليه تحريم القتل ولا يعذر في فعله ومتى كان العبد يعلم تحريم القتل فالقصاص عليه ويؤدب سيده لأمره بما أفضى إلى القتل بما يراه الإمام من الحبس والتعزير وإن كان غير عالم بخطره فالقصاص على سيده ويؤدب العبد. قال أحمد : يضرب ويؤدب، ونقل عنه أبو طالب قال : يقتل المولى ويحبس العبد حتى يموت؛ لأن العبد سوط المولى وسيفه كذا قال علي وأبو هريرة.

---

(١) زيادة من المغني ٩: ٤٧٧.

(٢) أخرجه الدارقطني في سننه (١٧٦) ٣: ١٤٠ كتاب الحدود.

والمذهب الأول؛ لأن العبد إذا كان غير عالم بخطر القتل فهو معتقداً إباحته وذلك شبهة يمنع القصاص كما لو اعتقده صيداً فرماه فبان إنساناً.

ولأن حكمة القصاص الردع والزجر ولا يحصل ذلك في معتقد الإباحة وإذا لم يجب عليه وجب على السيد؛ لأنه آلة له لا يمكن إيجاب القصاص عليه فوجب على المتسبب كما لو أنهشه حية أو كلباً أو ألقاه في زبية أسد فأكله ويفارق ما إذا علم خطر القتل فإن القصاص على العبد لإمكان الجناية عليه وهو مباشر له فانقطع حكم الآمر كالدافع مع الحافر ويكون على السيد الأدب لتعديه بالسبب إلى القتل. والله أعلم.

كتاب الديات

الأصل في وجوب الدية الكتاب والسنة والإجماع : أما الكتاب فقول الله تعالى : ﴿ومن قَتل مؤمنًا خطأً فتحريرُ رقبةٍ مؤمنة وديةٌ مسلمة إلى أهله إلا أن يصّدقوا﴾ [النساء:٩٢] .

وأما السنة ؛ فما روى أبو بكر بن محمد بن عمرو بن حزم : «أن النبي ﷺ كتب لعمرو بن حزم كتابًا إلى أهل اليمن فيه الفرائض والسنن والديات ، وقال فيه : وأن في النفس مائة من الإبل»[(١)] . رواه النسائي في سننه[(٢)] ومالك في موطئه .

قال ابن عبدالبر : وهو كتاب مشهور عند أهل السير ، معروف عند أهل العلم ، معرفة يستغني بشهرتها عن الإسناد ؛ لأنه أشبه التواتر في مجيئه وفي أحاديث كثيرة تأتي في مواضعها من الباب إن شاء الله تعالى .

وأجمع أهل العلم على وجوب الدية في الجملة .

مسألة : قال أبو القاسم رحمه الله : **(ودية الحر المسلم مائة من الإبل)** .

أجمع أهل العلم على أن الإبل أصل في الدية ، وأن دية الحر المسلم مائة من الإبل وقد دلت عليه الأحاديث الواردة منها حديث عمرو بن حزم وحديث عبدالله بن عمرو في دية خطأ العمد وحديث ابن مسعود في دية الخطأ وسنذكرها إن شاء الله تعالى . وظاهر كلام الخرقي أن الأصل في الدية الإبل لا غير وهذا إحدى الروايتين عن أحمد . ذكر ذلك أبو الخطاب ، وبه قال الشافعي .

وقال القاضي : لا يختلف المذهب أن أصول الدية الإبل والذهب والورق والبقر والغنم فهذه خمسة لا يختلف المذهب فيها وهذا قول عمر وفقهاء المدينة

---

(١) أخرجه النسائي في سننه (٤٨٥٣) ٨: ٥٧ كتاب القسامة ، باب ذكر حديث عمرو بن حزم في العقول...
وأخرجه مالك في الموطأ (١) ٢: ٦٤٧ كتاب العقول ، باب ذكر العقول.

(٢) في الأصل: مسنده. وهو وهم.

السبعة، وإليه ذهب أبو يوسف ومحمد بن الحسن؛ لأن عمرو بن حزم روى في كتابه «أن رسول الله ﷺ كتب إلى أهل اليمن وأن في النفس المؤمنة مائة من الإبل وعلى أهل الذهب ألف دينار»[1] رواه النسائي.

وروى ابن عباس «أن رجلاً من بني عدي قُتل. فجعل النبي ﷺ ديتَهُ اثني عشرَ ألفاً»[2]. رواه الخمسة إلا أحمد.

وروى الشعبي «أن عمر جعل على أهل الذهب ألف دينار».

وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن عمر قام خطيباً فقال: «ألا إنَّ الإبلَ قد غَلَتْ قال: فقوّم على أهل الذهبِ ألف دينار، وعلى أهل الورق اثني عشر ألفاً، وعلى أهل البقر مائتي بقرة، وعلى أهل الشاء ألفي شاة، وعلى أهل الحلل مائتي حلة»[3] رواه أبو داود.

ولنا قول النبي ﷺ: «ألا إن في قتيل عمد الخطأ قتيل السوط والعصا مائة من الإبل»[4].

ولأن النبي ﷺ فرق بين دية العمد والخطأ فغلظ بعضها وخفف بعضها ولا يتحقق هذا في غير الإبل.

ولأنه بدل متلف حق لآدمي فكان متعيناً كعوض الأموال وحديث ابن عباس يحتمل أن النبي ﷺ أوجب الورق بدلاً عن الإبل. والخلاف في كونها أصلاً، وحديث عمرو بن شعيب يدل على أن الأصل الإبل فإن إيجابه لهذه المذكورات على سبيل التقويم لغلاء الإبل ولو كانت أصولاً بنفسها لم يكن إيجابها تقويماً للإبل ولا كان لغلاء الإبل أثر في ذلك ولا لذكره معنى.

---

(١) سبق تخريج حديث عمرو بن حزم قريباً.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٤٥٤٦) ٤: ١٨٥ كتاب الديات، باب الدية كم هي؟
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٣٨٨) ٤: ١٢ كتاب الديات، باب ما جاء في الدية كم هي من الدراهم.
وأخرجه النسائي في سننه (٤٨٠٣) ٨: ٤٤ كتاب القسامة، ذكر الدية من الورق.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٦٣٢) ٢: ٨٧٩ كتاب الديات، باب دية الخطأ.

(٣) أخرجه أبو داود في سننه (٤٥٤٢) ٤: ١٨٤ كتاب الديات، باب الدية كم هي.

(٤) أخرجه النسائي في سننه (٤٧٩٩) ٨: ٤٢ كتاب القسامة، ذكر الاختلاف على خالد الحذاء.

وقد روي أنه كان يقوم الإبل قبل أن تغلو بثمانية آلاف درهم ولذلك قيل إن دية الذمي أربعة آلاف درهم وديته نصف الدية فكان ذلك أربعة آلاف حين كانت الدية ثمانية آلاف درهم[1] .

فصل

وظاهر كلام الخرقي أنه لا يعتبر قيمة الإبل بل متى وجدت على الصفة المشروطة وجب أخذها قلت قيمتها أو كثرت وهذا ظاهر مذهب الشافعي ، وذكر أصحابنا أن مذهب أحمد أن تؤخذ مائة قيمة كل بعير منها مائة وعشرون درهماً فإن لم يقدر على ذلك أدى اثني عشر ألف درهم أو ألف دينار ؛ لأن عمر قوم الإبل على أهل الذهب ألف مثقال وعلى أهل الورق اثني عشر ألفاً فدل على أن ذلك قيمتها .

ولأن هذه أبدال محل واحد فيجب أن تتساوى في القيمة كالمثل والقيمة في بدل القرض والمتلف في المثليات .

ولنا قول النبي ﷺ : «في النفس المؤمنة مائة من الإبل»[2] وهذا مطلق فتقييده يخالف إطلاقه فلم يجز إلا بدليل .

ولأنها كانت تؤخذ على عهد رسول الله ﷺ وقيمتها ثمانية آلاف ، وقول عمر في حديثه أن الإبل قد غلت فقومها على أهل الورق اثني عشر ألفاً دليل على أنها في حال رخصها أقل قيمة من ذلك ، وقد كانت تؤخذ في عصر النبي ﷺ وأبي بكر وصدر من ولاية عمر مع رخصها وقلة قيمتها ونقصها عن مائة وعشرين فإيجاب ذلك فيها خلاف سنة رسول الله ﷺ .

ولأن النبي عليه السلام فرق بين دية الخطأ والعمد فغلظ دية العمد وخفف دية الخطأ ، واجمع عليه أهل العلم واعتبارها بقيمة واحدة تسوية بينهما ، وجمع لما فرقه الشارع وإزالة للتخفيف والتغليظ جميعاً بل هو تغليظ لدية الخطأ ؛ لأن اعتبار

---

(١) زيادة من المغني ٩: ٤٨٢.

(٢) سبق تخريجه ص: ٢٨٦.

ابن مخاض بقيمة ثنية أو جذعة يشق جداً فيكون تغليظاً للدية في الخطأ وتخفيفاً لدية العمد وهذا خلاف ما قصده الشارع وورد به .

ولأن العادة نقص قيمة بنات المخاض عن قيمة الحقاق والجذعات فلو كانت تؤدى على عهد رسول الله ﷺ بقيمة واحدة ويعتبر ذلك فيها لنقل ولم يجز الإخلال به ؛ لأن ما ورد به الشرع مطلقاً إنما يحمل على العرف والعادة فإذا أريد به ما يخالف العادة وجب بيانه وإيضاحه لئلا يكون تلبيساً في الشريعة وإيهامهم أن حكم الله خلاف ما هو حكمه على الحقيقة والنبي عليه السلام بعث للبيان قال الله : ﴿لتبين للناس ما نزل إليهم﴾ [النحل :٤٤] فكيف يحمل قوله على الإلباس والألغاز وهذا مما لا يحل ، ثم لو حمل الأمر على ذلك لكان ذكر الأسنان عبثاً غير مفيد فإن فائدة ذلك إنما هو كون اختلاف أسنانها مظنة اختلاف القيم فأقيم مقامه .

ولأن الإبل أصل في الدية فلا تعتبر قيمتها بغيرها كالذهب والورق .

ولأنها أصل في الوجوب فلا تعتبر قيمتها كالإبل في السلم وشاة الجبران ، وحديث عمرو بن شعيب حجة لنا فإن الإبل كانت تؤخذ قبل أن تغلو ويقومها عمر ، وقيمتها أقل من اثني عشر ألفاً ، وقد قيل أن قيمتها كانت ثمانية آلاف ولذلك قال عمر : دية الكتابي أربعة آلاف ، وقولهم أنها إبدال محل واحد قلنا أن نمنع ونقول البدل إنما هو الإبل وغيرها معتبر بها وإن سلمنا فهو منتقض بالذهب والورق فإنه لا يعتبر تساويهما وينتقض أيضاً بشاة الجبران مع الدراهم ، وأما بدل القرض والمتلف فإنما هو المثل خاصة والقيمة بدل عنه ولذلك لا يجب إلا عند العجز عنه بخلاف مسألتنا .

فإن قيل : هذا حجة عليكم لقولكم أن الإبل هي الأصل وغيرها بدل عنها فيجب أن تساويها كالمثل والقيمة .

قلنا : إذا ثبت لنا هذا ينبغي أن يقوم غيرها بها ولا تقوم هي بغيرها ؛ لأن البدل يتبع الأصل ولا يتبع الأصل البدل على أنا نقول إنما صير إلى التقدير بهذا ؛ لأن عمر قومها في وقته بذلك فوجب المصير إليه لئلا يؤدي إلى التنازع

والاختلاف في قيمة الإبل الواجبة كما قدر لبن المصراة بصاع من التمر نفياً للتنازع في قيمته فلا يوجب هذا أن يرد الأصل إلى التقويم فيفضي إلى عكس حكمة الشرع ووقوع التنازع في قيمة الإبل مع وجوبها بعينها على أن المعتبر في بدلي القرض مساواة المحل المقرض فاعتبر مساواة كل واحد من بدليه له والدية غير معتبرة بقيمة المتلف ولهذا لا تعتبر صفاته وهكذا قول أصحابنا في تقويم البقر والشاء والحلل يجب أن يكون مبلغ الواجب من كل صنف منها اثني عشر ألفاً فتكون قيمة كل بقرة أو حلة ستين درهماً وقيمة كل شاة ستة دراهم لتساوي الأبدل كلها وكل حلة بردان فتكون أربعمائة برد .

مسألة : **(وإن كان القتل عمداً فهي في مال القاتل ، حالّةً أرباعاً : خمس وعشرون بنات مخاض ، وخمس وعشرون بنات لبون ، وخمس وعشرون حقة ، وخمس عشرون جذعة)** .

أجمع أهل العلم على أن دية العمد تجب في مال القاتل لا تحملها العاقلة وهذا قضية الأصل وهو أن بدل المتلف يجب على المتلف وأرش الجناية على الجاني قال النبي ﷺ : « لا يجني جان إلا على نفسه »[1] . وقال لبعض أصحابه حين رأى معه ولده : « ابنك هذا؟ قال : نعم . قال : أما إنه لا يجني عليك ولا تجني عليه »[2] .

ولأن موجب الجناية أثر فعل الجاني فيجب أن يختص بضررها كما يختص بنفعها فإنه لو كسبه كان كسبه له دون غيره وقد ثبت حكم ذلك في سائر الجنايات والإكساب . وإنما خولف هذا الأصل في قتل الحر المعذور فيه لكثرة الواجب وعجز الجاني في الغالب عن تحمله مع وجوب الكفارة عليه وقيام عذره تخفيفًا عنه ورفقًا به . والعامد لا عذر له فلا يستحق التخفيف ، ولا يوجد فيه المعنى المقتضي للمواساة في الخطأ .

إذا ثبت هذا فإنها تجب حالة ، وبهذا قال مالك والشافعي ؛ لأن ما وجب بالعمد المحض كان حالاً كالقصاص وأرش أطراف العبد ولا يشبه شبه العمد ؛ لأن

---

(١) أخرجه الترمذي في جامعه (٢١٥٩) ٤ : ٤٦١ كتاب الفتن ، باب ما جاء في دماؤكم وأموالكم عليكم حرام.
(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٤٤٩٥) ٤ : ١٦٨ كتاب الديات ، باب لا يؤخذ أحد بجريرة أخيه أو أبيه.

القاتل معذور لكونه لم يقصد القتل وإنما أفضى إليه عن غير اختيار منه فأشبه الخطأ ولهذا تحمله العاقلة .

ولأن القصد التخفيف على العاقلة الذين لم تصدر منهم جناية وحملوا المال مواساة فالأرفق بحالهم التخفيف عنهم وهذا موجود في الخطأ وشبه العمد على السواء ، وأما العمد فإنما يحمله الجاني في غير حال العذر فوجب أن يكون ملحقاً ببدل سائر المتلفات .

فصل

واختلفت الرواية في مقدارها فروى جماعة عن أحمد أنها أرباع كما ذكر الخرقي وهو قول الزهري وأبي حنيفة ومالك ، وروي ذلك عن ابن مسعود ، وروى جماعة عن أحمد أنها ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون خلفة في بطونها أولادها وبهذا قال عطاء ومحمد بن الحسن والشافعي ، وروي ذلك عن عمر وزيد وأبي موسى والمغيرة ؛ لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال : «منْ قَتَلَ متعمداً دُفع إلى أولياء المقتول فإن شاؤا قتلُوا وإن شاؤا أخذوا الدية . وهيَ : ثلاثونَ حقةً وثلاثونَ جذعةً وأربعونَ خَلِفَةً . وما صُولحوا عليه فهوَ لهم ، وذلك لتشديدِ القتل»[1] . رواه الترمذي وقال : حديث حسن غريب .

ووجه الأولة ما روى السائب بن يزيد قال : «كانت الدية على عهد رسول الله ﷺ أرباعاً : خمساً وعشرين جذعة ، وخمساً وعشرين حقة ، وخمساً وعشرين بنت لبون ، وخمساً وعشرين بنت مخاض»[2] .

ولأنه قول ابن مسعود .

ولأنه حق يتعلق بجنس الحيوان . فلا يعتبر فيه الحمل ؛ كالزكاة والأضحية .

مسألة : (**وإن كان القتل شبه عمد فكما وصفت في أسنانها إلا أنها على العاقلة في ثلاث سنين في كل سنة ثلثها**) .

---

(١) أخرجه الترمذي في جامعه (١٣٨٧) ٤ : ١١ كتاب الديات، باب ما جاء في الدية كم هي من الإبل؟

(٢) أورده السيوطي وذكر أن سنده ضعيف . انظر جمع الجوامع ١: ١٢٢٦.

أما الحكم في أسنان دية شبه العمد فكالحكم في دية العمد سواء في اختلاف الروايتين فيها واختلاف العلماء، وقد سبق الكلام في ذلك إلا أنها تخالف العمد في أمرين:

أحدها: أنها على العاقلة في ظاهر المذهب وبه قال النخعي والشعبي وأبو حنيفة وأصحابه والشافعي.

وقال أبو بكر: هي على القاتل في ماله؛ لأنها موجب فعل قصده فلم تحمله العاقلة كالعمد المحض.

ولأنها دية مغلظة فأشبهت دية العمد وهكذا يجب أن يكون مذهب مالك؛ لأن شبه العمد عنده من باب العمد.

ووجه قول الخرقي ما روى أبو هريرة قال: «اقتتلتِ امرأتان من هُذيل. فرمتْ إحداهما الأخرى بحجرٍ فقتلتها وما في بطنها. فقضى رسول الله ﷺ بدية المرأة على عاقلتها»[1] متفق عليه.

ولأنه نوع قتل لا يوجب قصاصاً فوجبت ديته على العاقلة كالخطأ ويخالف العمد المحض؛ لأنه تغليظ من كل وجه لقصده الفعل وإرادته القتل وعمد الخطأ تغليظ من وجه وهو قصده الفعل ويخفف من وجه وهو كونه لم يرد القتل فاقتضى تغليظها من وجه وهو الأسنان وتخفيفها من وجه وهو حمل العاقلة لها وتأجيلها، ولا أعلم في أنها تجب مؤجلة خلافاً بين أهل العلم، ويروى ذلك عن عمر وعلي وابن عباس وبه قال مالك والشافعي، وقد حكي عن قوم من الخوارج أنهم قالوا: الدية حالة؛ لأنها بدل متلف و لم ينقل إلينا ذلك عمن يعد خلافه خلافاً وتخالف الدية سائر المتلفات؛ لأنها تجب على غير الجاني على سبيل المواساة له فاقتضت الحكمة تخفيفها عليهم وقد روي عن عمر وعلي أنهما قضيا بالدية على العاقلة في ثلاث سنين ولا مخالف لهما في عصرهما فكان إجماعاً.

---

(١) سبق تخريجه ص: ٢٤٣.

فصل

ويجب في آخر[1] كل حـول ثلثهـا . ويُعتبر ابتـداء السنة مـن حـين وجـوب الدية ؛ وبه قال الشافعي ؛ لأنه مـال مؤجـل فكـان ابتـداء أجلـه مـن حـين وجوبـه كالدين المؤجل والسلم .

إذا ثبت هذا فإن كان الواجب دية نفس فابتداء حولها من حين المـوت سـواء كان قتلاً موجباً أو عن سراية جرح وإن كان الواجب دية جرح نظرت فإن كـان عن جرح اندمل من غير سراية مثل إن قطع يده فبرأت بعد مـدة فـابتداء المدة مـن حين القطع ؛ لأن تلك حالة الوجـوب ولهذا لـو قطـع يـده وهـو ذمـي فأسـلم ثـم اندملت وجب نصف دية يهودي . وأما إن كان الجرح سارياً مثل إن قطع إصبعـه فسرى ذلك إلى كفه ثم اندمل فابتداء المدة من حين الاندمال ؛ لأنها إذا سرت فما استقر الأرش إلا عند الاندمال هكذا ذكر القاضي وذكر أصحاب الشافعي . وقال أبـو الخطـاب : تعتبر المـدة مـن حـين الاندمـال فيهمـا ؛ لأن الأرش لا يسـتقر إلا بالاندمال فيهما .

مسألة : **(وإن كان القتل خطأ كان على العاقلة مائة من الإبل تؤخذ في ثلاث سنين أخماساً عشرون بنات مخاض وعشرون بنو مخاض وعشرون بنات لبون وعشرون حقة وعشرون جذعة)** .

لا يختلف المذهب في أن دية الخطأ أخماس كما ذكر الخرقي ، وهذا قـول ابـن مسعود وبه قال أبـو حنيفـة وأصحابـه ومـالك والشـافعي إلا أن مالكـاً والشـافعي يجعلان مكان بني مخاض بني لبون ، وهكذا رواه سعيد في سننه عن النخعي عن ابن مسعود .

وقال الخطابي : روي «أن النبي عليه السلام ودى الذي قتـل بخيـبر بمائـة مـن إبل الصدقة»[2] ، وليس في أسنان الصدقة ابن مخاض .

---

(١) زيادة من المغني ٩: ٤٩٢.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (١٦٣٨) ٢: ١١٩ كتاب الزكاة، باب كم يعطى الرجل الواحد من الزكاة؟

ولنا ما ورى عبدا لله بن مسعود قال : قال رسول ا لله ﷺ : «في ديةِ الخطإِ عشرونَ حِقّة ، وعِشرونَ جذعَةً ، وعشرونَ بنتَ مَخاضٍ ، وعشرونَ بنتَ لبونٍ ، وعشرونَ بني مَخَاض»[1] رواه الخمسة .

ولأن ما قلناه الأقل فالزيادة عليه لا تثبت إلا بتوقيف يجب على من ادعى الدليل . وأما دية قتيل خيبر فلا حجة لهم فيه ؛ لأنهم لم يدعوا على أهل خيبر قتله إلا عمداً فتكون ديته دية العمد وهي من أسنان الصدقة والخلاف في دية الخطأ .

فصل

ولا خلاف في أن دية الخطأ على العاقلة . قال ابن المنذر : أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من أهل العلم وقد ثبتت الأخبار عن رسول ا لله ﷺ أنه قضى بدية الخطأ على العاقلة ، وأجمع أهل العلم على القول به ، وقد جعل النبي عليه السلام دية عمد الخطأ على العاقلة بما روينا من الأحاديث وفيه تنبيه على أن العاقلة تحمل دية الخطأ ، والمعنى في ذلك أن جنايات الخطأ تكثر ودية الآدمي كثيرة فإيجابها على الجاني في ماله يجحف به فاقتضت الحكمة إيجابها على العاقلة على سبيل المواساة للقاتل والإعانة له تخفيفاً عنه إذا كان معذوراً في فعله وينفرد هو بالكفارة .

ولا خلاف بينهم في أنها مؤجلة في ثلاث سنين فإن عمر وعلياً جعلا دية الخطأ على العاقلة في ثلاث سنين ولا نعرف لهما في الصحابة مخالفاً واتبعهم على ذلك أهل العلم .

ولأنه مال يجب على سبيل المواساة فلم يجب حالاً كالزكاة ، وكل دية تحملها العاقلة تجب مؤجلة لما ذكرنا وما لا تحمله العاقلة يجب حالاً ؛ لأنه بدل متلف فلزم المتلف حالاً كقيم المتلفات . وفارق الذي تحمله العاقلة فإنه يجب

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٤٥٤٥) ٤: ١٨٤ كتاب الديات، باب الدية كم هي؟
أخرجه الترمذي في جامعه (١٣٨٦) ٤: ١٠ كتاب الديات، باب ما جاء في الدية كم هي من الإبل؟
وأخرجه النسائي في سننه (٤٨٠٢) ٨: ٤٣ كتاب القسامة، ذكر أسنان دية الخطأ.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٦٣١) ٢: ٨٧٩ كتاب الديات، باب دية الخطأ.
وأخرجه أحمد في مسنده (٤٢٩١) طبعة إحياء التراث.

مواساة فوجب التأجيل تخفيفاً على متحمله وعدل به عن الأصل في التأجيل كما عدل به عن الأصل في إلزامه غير الجاني .

مسألة : (**والعاقلة لا تحمل العبد ، ولا العمد ، ولا الصلح ، ولا الاعتراف ، ولا ما دون الثلث**) .

في هذه المسألة خمسة أحكام :

الأول : أن العاقلة لا تحمل العبد يعني إذا قتل العبد قاتل وجبت قيمته في مال القاتل ولا شيء على عاقلته خطأً كان أو عمداً وهذا قول ابن عباس والشعبي والثوري ومكحول والنخعي ومالك والليث وابن أبي ليلى وإسحاق وأبو ثور . وقال أبو حنيفة وعطاء والزهري والحكم وحماد : تحمل العاقلة ؛ لأنه آدمي يجب بقتله القصاص والكفارة فحملت العاقلة بدله كالحر ، وعن الشافعي كالمذهبين ووافقنا أبو حنيفة في دية أطرافه .

ولنا ما روى ابن عباس عن النبي ﷺ أنه قال : «لا تحمل العاقلة عمدًا ولا عبدًا ولا صلحًا ولا اعترافًا»[(١)] .

وروي موقوفًا عن ابن عباس[(٢)] . ولا يعرف له في الصحابة مخالف فيكون إجماعاً .

ولأن الواجب فيه قيمة تختلف باختلاف صفاته . فلم تحمله العاقلة ؛ كسائر القيم .

ولأنه حيوان لا تحمل العاقلة قيمة أطرافه . فلم تحمل الواجب في نفسه ؛ كالفرس ، وبهذا فارق الحر .

الحكم الثاني : أنها لا تحمل العمد سواء كان مما يجب القصاص فيه أو لا يجب ولا خلاف في أنها لا تحمل دية ما يجب فيه القصاص وأكثر أهل العلم على أنها لا تحمل العمد بكل حال ، وحكي عن مالك أنها تحمل الجنايات التي لا

(١) قال ابن الصباغ : لم يثبت متصلاً . وإنما هو موقوف على ابن عباس . تلخيص الحبير ٤ : ٦١ .
(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٨: ١٠٤ كتاب الديات، باب من قال: لا تحمل العاقلة عمداً.

قصاص فيها كالمأمومة والجائفة وهذا قول قتادة ؛ لأنها جناية لا قصاص فيها فأشبهت جناية الخطأ .

ولنا حديث ابن عباس .

ولأنها جناية عمد فلا تحملها العاقلة كالموجبة للقصاص وجناية الأب على ابنه .

ولأن حمل العاقلة إنما يثبت في الخطأ لكون الجاني معذوراً تخفيفاً عنه ومواساة له والعامد غير معذور فلا يستحق التخفيف ولا المعاونة فلم يوجد فيه المقتضي ، وبهذا فارق العمد الخطأ ثم يبطل ما ذكروه بقتل الأب ابنه فإنه لا قصاص فيه ولا تحمله العاقلة .

والحكم الثالث : أنها لا تحمل الصلح ومعناه : أن يدعى عليه القتل فينكره ويصالح المدعي على مال فلا تحمله العاقلة [لأنه مال ثبت بمصالحته واختياره فلم تحمله العاقلة][1] كالذي ثبت باعترافه .

وقال القاضي : معناه أن يصالح الأولياء عن دم العمد إلى الدية ، والتفسير الأول أولى ؛ لأن هذا عمد فيستغني عنه بذكر العمد ، وممن قال لا تحمل العاقلة الصلح ابن عباس والزهري والشافعي وقد ذكرنا حديث ابن عباس فيه .

ولأنه لو حملته العاقلة أدى إلى أن يصالح بقتل خطأ أو شبه عمد بمال غيره ويوجب عليه حقاً بقوله .

الحكم الرابع : أنها لا تحمل الاعتراف وهو أن يقر الإنسان على نفسه بقتل خطأ أو شبه عمد فتجب الدية عليه ولا تحمله العاقلة ولا نعلم فيه خلافاً وبه قال ابن عباس والحسن والشعبي والزهري وأبو حنيفة وأصحابه ومالك والشافعي وقد ذكرنا حديث ابن عباس فيه .

ولأنه لو وجب عليهم لوجب بإقرار غيرهم ولا يقبل إقرار شخص على غيره .

---

(١) زيادة من المغني ٩: ٥٠٤.

ولأنه يتهم في أن يواطِئ من يقر له بذلك ليأخذ الدية من عاقلته فيقاسمه إياها .

إذا ثبت هذا فإنه يلزمه ما اعترف به وتجب الدية عليه حالة في ماله في قول أكثرهم ؛ لقول الله : ﴿ومن قَتل مؤمنًا خطأً فتحريرُ رقبةٍ مؤمنة وديةٌ مسلمة إلى أهله﴾ [النساء: ٩٢] .

ولأنه مقر على نفسه بالجناية الموجبة للمال فصح إقراره كما لو أقر بإتلاف مال أو بما لا تحمل ديته العاقلة .

ولأنه محل مضمون فيضمن إذا اعترف به كسائر المحال وإنما سقطت عنه الدية في محل الوفاق لتحمل العاقلة لها فإذا لم تحملها وجب عليه كجناية المرتد .

الحكم الخامس : أنها لا تحمل ما دون الثلث وبهذا قال سعيد بن المسيب ومالك ، ولما روي عن عمر «أنه قضى في الديةِ أن لا يحملَ منها شيء حتى تبلغَ عقل المأمومة» .

ولأن مقتضى الأصل وجوب الضمان على الجاني ؛ لأنه موجب جنايته وبدل متلفه . فكان عليه ؛ كسائر المتلفات والجنايات . وإنما خولف في الثلث فصاعداً تخفيفاً عن الجاني لكونه كثيراً يجحف به . قال عليه السلام : «الثلث كثير»[1] ففيما دونه يبقى على قضية الأصل ومقتضى الدليل .

مسألة : (وإذا جنى العبد فعلى سيده أن يفديه أو يسلمه فإن كانت الجناية أكثر من قيمته لم يكن على سيده أكثر من قيمته) .

هذا في الجناية التي تؤدي بالمال إما لكونها لا توجب إلا المال وإما لكونها موجبة للقصاص فعفى عنها إلى المال فإن جناية العبد تتعلق برقبته إذ لا يخلو من أن تتعلق برقبته أو ذمته أو ذمة سيده . أو لا يجب شيء ولا يمكن إلغاؤها ؛ لأنها جناية آدمي فيجب اعتبارها كجناية الحر .

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٥٩١) ٣: ١٠٠٦ كتاب الوصايا، باب أن يترك ورثته أغنياء...
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٦٢٨) ٣: ١٢٥٠ كتاب الوصية، باب الوصية بالثلث.

ولأن جناية الصغير والمجنون غير ملغاة مع عذره وعدم تكليفه فجناية العبد أولى ، ولا يمكن تعليقها بذمته ؛ لأنه يفضي إلى إلغائها أو تأخير حق المجني عليه إلى غير غاية ولا بذمة السيد ؛ لأنه لم يجن فيتعين تعلقها برقبة العبد .

ولأن الضمان موجب جنايته فيتعلق برقبته كالقصاص ثم لا يخلو أرش الجناية من أن يكون بقدر قيمته فما دون أو أكثر فإن كان بقدرها فما دون فالسيد مخير بين أن يفديه بأرش جنايته أو يسلمه إلى ولي الجناية فيملكه وبهذا قال الثوري ومحمد بن الحسن وإسحاق ؛ لأنه إن دفع أرش الجناية فهو الذي وجب للمجني عليه فلم يملك المطالبة بأكثر منه ، وإن سلم العبد فقد أدى المحل الذي تعلق الحق به .

ولأن حق المجني عليه لا يتعلق بأكثر من الرقبة وقد أداها ، وإن طالب المجني عليه بتسليمه إليه وأبى ذلك سيده لم يجبر عليه لما ذكرنا وإن دفع السيد عبده فأبى الجاني قبوله وقال : بعه وادفع إلي ثمنه فهل يلزم السيد على ذلك ؟ على روايتين .
وأما إن كانت الجناية أكثر من قيمته ففيه روايتان :

إحداهما : أن سيده يخير بين أن يفديه بقيمته أو أرش جنايته وبين أن يسلمه ؛ لأنه إذا أدى قيمته فقد أدى قدر الواجب عليه فإن حق المجني عليه لا يزيد على العبد فإذا أدى قيمته فقد أدى الواجب عليه فلم يلزمه أكثر من ذلك كما لو كانت الجناية بقدر قيمته .

والثانية : يلزمه تسليمه إلا أن يفديه بأرش جنايته بالغة ما بلغت وهذا قول مالك ؛ لأنه ربما إذا عرض للبيع رغب فيه راغب بأكثر من قيمته فإذا أمسكه فقد فوت تلك الزيادة على المجني عليه وللشافعي قولان كالروايتين .

ووجه الرواية الأولى أن الشرع قد جعل له فداءه فكان الواجب قدر قيمته كسائر المتلفات .

فصل

فإن كانت الجناية موجبة للقصاص فعفى ولي الجناية على أن يملك العبد لم يملكه بذلك ؛ لأنه إذا لم يملكه بالجناية فلئلا يملك بالعفو أولى .

ولأنه أحد من عليه القصاص فلا يملك بالعفو كالحر .

ولأنه إذا عفى عن القصاص انتقل حقه إلى المال فصار كالجاني جناية موجبة للمال . وعن أحمد أنه يملكه ؛ لأنه مملوك استحق إتلافه فاستحق إبقاءه على ملكه كعبده الجاني عليه .

مسألة : (**والعاقلة العمومة وأولادهم وإن سفلوا في إحدى الروايتين عن أبي عبدالله ، والرواية الأخرى الأب والابن[1] والإخوة وكل العصبة من العاقلة**) .

العاقلة من تحمل العقل . والعَقْل الدية . سمي عقلاً ؛ لأنها تعقل لسان ولي المقتول . وقيل : إنما سميت العاقلة ؛ لأنهم يمنعون عن القاتل . والعقل : المنع ، ولهذا سمي بعض العلوم عقلاً ؛ لأنه يمنع من الإقدام على المضار .

ولا خلاف بين أهل العلم في أن العاقلة العصبات وأن غيرهم من الإخوة من الأم وسائر ذوي الأرحام والزوج وكل من عدا العصبات ليس هم من العاقلة .

واختلف في الآباء والبنين هل هم من العاقلة أم لا فعن أحمد في ذلك روايتان :

إحداهما : أن كل العصبة من العاقلة يدخل فيه آباء القاتل وأبناؤه وإخوته وعمومته وأبناؤهم . وهذا اختيار أبي بكر والشريف أبي جعفر وهو مذهب أبي حنيفة ومالك ؛ لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : «قضى رسول الله ﷺ أن عقلَ المرأةِ بين عصبتها من كانوا لا يَرِثُونَ منها شيئاً إلا ما فضل عن ورثتِها ، وإن قُتلتْ فعقلُها بين ورثَتِها»[2] . رواه أبو داود .

---

(١) زيادة من المغني ٩: ٥١٤.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٤٥٦٤) ٤: ١٨٩ كتاب الديات، باب ديات الأعضاء.

وأخرجه النسائي في سننه (٤٨٠١) ٨: ٤٢ كتاب القسامة، ذكر الاختلاف على خالد الحذاء.

وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٦٤٧) ٢: ٨٨٤ كتاب الديات، باب عقل المرأة على عصبتها وميراثها لولدها.

ولأنهم عصبة . فأشبهوا الإخوة . يحققه أن العقل موضوع على التناصر . وهم من أهله .

ولأن العصبة في تحمل العقل كهم في الميراث في تقديم الأقرب فالأقرب ، وآباؤه وأبناؤه أحق العصبات بميراثه . فكانوا أولى بتحمل العقل .

والرواية الثانية : ليس آباؤه وأبناؤه من العاقلة وهو قول الشافعي ؛ لما روى أبو هريرة قال : «اقتتلت امرأتان من هذيل فرمت إحداهما الأخرى بحجر فقتلتها . فاختصموا إلى رسول الله ﷺ فقضى بدية المرأة على عاقلتها . وورّثها ولدها ومن معهم»[1] . متفق عليه .

وفي رواية : «ثم ماتت القاتلة فجعل النبي ﷺ ميراثها لبنيها والعقل على العصبة»[2] . رواه أبو داود والنسائي .

وفي رواية عن جابر بن عبدالله قال : «فجعل رسول الله ﷺ دية المقتولة على عاقلتها وبرّأ زوجها وولدها قال : فقالت عاقلة المقتولة : ميراثُها لنا . فقال رسول الله ﷺ : لا . ميراثُها لزوجِها وولدِها»[3] رواه أبو داود .

إذا ثبت هذا في الأولاد قسنا عليه الوالد ؛ لأنه في معناه .

ولأن مال ولده ووالده كماله ولهذا لم يقبل شهادتهما له ولا شهادته لهما ووجب على كل واحد منهما الإنفاق على الآخر إذا كان محتاجاً والآخر موسراً وعتق عليه إذا ملكه فلا يجب في ماله دية كما لم تجب في مال القاتل . وظاهر كلام الخرقي أن في الإخوة روايتين كالوالد والولد ، وغيره من أصحابنا يجعلونهم من العاقلة بكل حال ولا أعلم فيه عن غيرهم خلافاً .

مسألة : (**وليس على فقير من العاقلة [ولا امرأة]**[4] **ولا صبي ولا زائل العقل حمل شيء من الدية**) .

---

(١) سبق تخريجه ص: ٢٤٣.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٤٥٧٦) ٤: ١٩٢ كتاب الديات، باب دية الجنين.
وأخرجه النسائي في سننه (٤٨١٧) ٨: ٤٧ كتاب القسامة، باب دية جنين المرأة.

(٣) أخرجه أبو داود في سننه (٤٥٧٥) ٤: ١٩٢ كتاب الديات، باب دية الجنين.

(٤) زيادة من المغني ٩: ٥٢٣.

أكثر أهل العلم على أنه لا مدخل لأحد من هؤلاء في تحمل العقل. قال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على أن المرأة والصبي الذي لم يبلغ لا يعقلان مع العاقلة وأجمعوا على أن الفقير لا يلزمه شيء وهذا قول أبي حنيفة وأصحابه ومالك والشافعي، وحكى بعض أصحابنا عن أبي حنيفة ومالك أن للفقير مدخلاً في التحمل وذكره أبو الخطاب رواية عن أحمد؛ لأنه من أهل النصرة فكان من العاقلة كالغني والصحيح الأول؛ لأن تحمل العقل مواساة فلا يلزم الفقير كالزكاة.

ولأنها وجبت على العاقلة تخفيفاً عن القاتل فلا يجوز التثقيل بها على من لا جناية منه وفي إيجابها على الفقير تثقيل عليه وتكليف له ما لا يقدر عليه.

ولأنا أجمعنا على أنه لا يكلف أحد من العاقلة ما يثقل عليه ويجحف به وتحمل الفقير شيئاً منها يثقل عليه ويجحف بماله وربما كان الواجب عليه جميع ماله أو أكثر منه أو لا يكون له شيء أصلاً وأما الصبي والمجنون والمرأة فلا يحملون منها؛ لأن فيها معنى التناصر وليس هم من أهل النصرة.

مسألة: **(ومن لم يكن له عاقلة أخذ من بيت المال فإن لم يقدر على ذلك فليس على القاتل شيء)**.

هذه المسألة تشتمل على حكمين:

أحدهما: أن من لا عاقلة له هل يؤدي من بيت المال أم لا؟ فيه روايتان:

إحداهما: يؤدى عنه وهو مذهب الزهري والشافعي؛ «لأن النبي ﷺ ودى الأنصاري الذي قتل بخيبر من بيت المال»[1].

وروي «أن رجلاً قُتلَ في زحامٍ في زمانِ عمر فلم يُعرف قاتله. فقال علي لعمر: يا أميرَ المؤمنين! لا يطل دم امرئٍ مسلم. فأدّى ديته من بيت المال»[2].

ولأن المسلمين يرثون من لا وارث له. فَيَعْقِلُون عنه عند عدم عاقلته؛ كعصباته ومواليه.

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (١٦٣٨) ٢: ١١٩ كتاب الزكاة، باب كم يعطى الرجل الواحد من الزكاة؟

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٢٧٨٤٨) ٥: ٤٤٥ كتاب الديات، الرجل يقتل في الزحام. نحوه.

والثانية : لا يجب ذلك ؛ لأن بيت المال فيه حق للنساء والصبيان والمجانين والفقراء ومن لا عقل عليه . فلا يجوز صرفه فيما لا يجب عليهم .

ولأن العقل على العصبات وليس بيت المال عصبة ولا هو لعصبة هذا .

وأما قتيل الأنصاري فغير لازم ؛ لأن ذلك قتيل اليهود وبيت المال لا يعقل عن الكفار بحال وإنما النبي ﷺ تفضل عليهم ، وقولهم أنهم يرثونه قلنا : ليس صرفه إلى بيت المال ميراثاً بل هو فيء ولهذا يؤخذ مال من لا وارث له من أهل الذمة إلى بيت المال ولا يرثه المسلمون ثم لا يجب العقل على الوارث إذا لم يكن عصبة ويجب على العصبة وإن لم يكن وارثاً فعلى الرواية الأولى إذا لم يكن له عاقلة أديت الدية عنه كلها من بيت المال وإن كانت له عاقلة لا تحمل الجميع أخذ الباقي من بيت المال وهل يؤدى من بيت المال دفعة واحدة أو في ثلاث سنين؟ على وجهين :

أحدهما : في ثلاث سنين على حسب ما يؤخذ من العاقلة .

والثاني : يؤدى دفعة واحدة وهذا أصح ؛ لأن النبي ﷺ أدى دية الأنصاري دفعة واحدة وكذلك عمر .

ولأن الدية بدل متلف لا تؤديه العاقلة فيجب كله في الحال كسائر بدل المتلفات . وإنما أجل على العاقلة ؛ تخفيفاً عنهم ولا حاجة إلى ذلك في بيت المال ولهذا يؤدى الجميع .

الحكم الثاني : إذا لم يكن الأخذ من بيت المال فليس على القاتل شيء وهذا أحد قولي الشافعي ؛ لأن الدية لزمت العاقلة ابتداء بدليل أنه لا يطالب بها غيرهم ولا يعتبر تحملهم ولا رضاهم بها فلا تجب على غير من وجبت عليه كما لو عدم القاتل فإن الدية لا تجب على أحد كذا هاهنا .

فعلى هذا إن وجد بعض العاقلة حملوا بقسطهم وسقط الباقي فلا يجب على أحد . قال صاحب المغني : ويتخرج أن تجب الدية على القاتل إذا تعذر حملها عنه وهذا القول الثاني للشافعي لعموم قوله تعالى : ﴿ودية مسلمة إلى أهله﴾ [النساء:٩٢] .

ولأن قضية الدليل وجوبها على الجاني جبراً للمحل الذي فوته وإنما سقط عن القاتل لقيام العاقلة مقامه في جبر المحل فإذا لم يوجد ذلك بقي واجباً عليه بمقتضى الدليل .

ولأن الأمر دائر بين أن يطل دم المقتول وبين إيجاب ديته على المتلف لا يجوز الأول ؛ لأن فيه مخالفة الكتاب والسنة وقياس أصول الشريعة فتعين الثاني .

ولأن إهدار الدم المضمون لا نظير له وإيجاب الدية على قاتل الخطأ له نظائر فإن المرتد لما لم يكن له عاقلة تجب الدية في ماله والذمي الذي لا عاقلة له تلزمه الدية . ومن رمى سهماً ثم أسلم أو كان مسلماً فارتد أو كان عليه الولاء لموالي أمه فانجر إلى موالي أبيه ثم أصاب سهمه إنساناً فقتله كانت الدية في ماله لتعذر حمل عاقلته عقله كذا هاهنا فنحرر منه قياساً فنقول : قتيل معصوم في دار الإسلام تعذر حمل عاقلته عقله فوجب على قاتله كهذه الصورة وهذا أولى من إهدار دماء الأحرار في أغلب الأحوال فإنه لا يكاد يوجد عاقلة تحمل الدية كلها ولا سبيل إلى الأخذ من بيت المال فتضيع الدماء وتفوت حكمة إيجاب الدية ، وقولهم أن الدية تجب على العاقلة ابتداء ممنوع وإنما تجب على القاتل ثم تتحملها العاقلة عنه ، وإن سلمنا وجوبها عليهم ابتداء لكن مع وجودهم أما مع عدمهم فلا يمكن القول بوجوبها ثم ما ذكروه منقوض بما أبديناه من الصور .

فعلى هذا تجب الدية على القاتل إن تعذر حمل جميعها أو باقيها إن حملت العاقلة بعضها .

مسألة : **(ودية الحر الكتابي نصف دية الحر المسلم ، ونساؤهم على النصف من دياتهم) .**

هذا ظاهر المذهب وهو مذهب عمر بن عبدالعزيز وعروة ومالك وعمرو بن شعيب ، وعن أحمد أنها ثلث دية المسلم إلا أنه رجع عنها فإن صالحاً روى عنه أنه قال : كنت أقول دية اليهودي والنصراني أربعة آلاف ، وأنا اليوم أذهب إلى نصف دية المسلم حديث عمرو بن شعيب وحديث عثمان الذي يرويه الزهري عن سالم عن أبيه وهذا صريح في الرجوع عنه ، وروي عن عمر وعثمان أن ديته أربعة

آلاف درهم، وبه قال سعيد بن المسيب والحسن والشافعي؛ لما روى عبادة بن الصامت أن النبي ﷺ قال: «ديةُ اليهودي والنصراني أربعةُ آلاف أربعةُ آلاف»[1].

وروي «أن عمر جعل دية اليهودي والنصراني أربعة آلاف ودية المجوسي ثمانمائة درهم»[2] رواه الشافعي والدارقطني.

ووجه الرواية الأولى ما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال: «عقل الكافر نصفُ ديةِ المسلم»[3] رواه أحمد والنسائي والترمذي.

وفي لفظ: «قضى أن عقلَ أهل الكتابين نصف عقلِ المسلمين وهم اليهود والنصارى»[4]. رواه أحمد والنسائي وابن ماجة.

قال الخطابي: ليس في دية أهل الكتاب شيء أبين من هذا ولا بأس بإسناده، وقد قال به أحمد، وقول النبي ﷺ أولى.

ولأنه نقص مؤثر في الدية فأثر في تنصيفها كالأنوثة. وأما حديث عبادة فلم يذكره أصحاب السنن، والظاهر أنه ليس بصحيح، وأما حديث عمر فإنما كان ذلك حين كانت الدية ثمانية آلاف فأوجب فيه نصفها أربعة آلاف ودليل ذلك ما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: «كانت قيمة الدية على عهد رسول الله ﷺ ثمانمائة دينارٍ أو ثمانيةَ آلافِ درهم وديةُ أهلِ الكتابِ يومئذٍ النصفُ»[5]. فهذا بيان وشرح مزيل للإشكال، وفيه جمع الأحاديث فيكون دليلاً لنا، ولو لم يكن كذلك لكان قول النبي ﷺ مقدماً على قول عمر وغيره بغير

---

(١) عزاه ابن حجر إلى أبي إسحاق الإسفرايني في كتاب أدب الجدل. تلخيص الحبير ٤: ٢٥.

(٢) أخرجه الدارقطني في سننه (١٩٤) ٣: ١٤٦ كتاب الحدود والديات وغيره.
وأخرجه الشافعي في مسنده (٤٥٦) ٢: ١٠٦ كتاب الديات.

(٣) أخرجه الترمذي في جامعه (١٤١٣) ٤: ٢٥ كتاب الديات، باب ما جاء في دية الكفار.
وأخرجه النسائي في سننه (٤٨٠٧) ٨: ٤٥ كتاب القسامة، كم دية الكافر.
وأخرجه أحمد في مسنده (٦٦٧٧) طبعة إحياء التراث.

(٤) أخرجه النسائي في سننه (٤٨٠٦) ٨: ٤٥ كتاب القسامة، كم دية الكافر.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٦٤٤) ٢: ٨٨٣ كتاب الديات، باب دية الكافر.
وأخرجه أحمد في مسنده (٧٠٥٢) طبعة إحياء التراث.

(٥) أخرجه أبو داود في سننه (٤٥٤٢) ٤: ١٨٤ كتاب الديات، باب الدية كم هي؟

إشكال فقد كان عمر إذا بلغه عن النبي عليه السلام سنة ترك قوله وعمل بها فكيف يسوغ لأحد أن يحتج بقوله في ترك قول رسول الله ﷺ.

وجراحاتهم من دياتهم كجراح المسلمين من دياتهم وتغليظ دياتهم كتغليظ ديات المسلمين.

مسألة: (**فإن قتلوا عمداً أضعفت الدية على قاتله المسلم لإزالة القود. هكذا حكم عثمان بن عفان رضي الله عنه**).

هذا يروى عن عثمان رواه أحمد عن عبدالرزاق عن معمر عن الزهري عن سالم عن أبيه «أن رجلاً قَتل رجلاً من أهل الذمة. فرُفعَ إلى عثمان. فلم يقتله، وغلَّظَ عليه ألف دينار»[1]. فصار إليه أحمد اتباعاً له.

وله نظائر في مذهبه فإنه أوجب على الأعور لما قلع عين صحيح دية كاملة حين درأ القصاص عنه. وأوجب على سارق الثمر والكَثَر مثلي قيمته؛ حين درأ عنه القطع. وهذا حكم النبي ﷺ في سارق التمر فيثبت مثله هاهنا. ولو كان القاتل ذمياً أو قتل ذمي مسلماً لم تضعف الدية عليه؛ لأن القصاص عليه واجب في الموضعين، وجمهور أهل العلم على أن دية الذمي لا تضاعف بالعمد؛ لعموم الأثر فيها.

ولأنها دية واجبة فلم تضاعف كدية المسلم، أو كما لو[2] كان القاتل ذمياً.

ولا فرق في الدية بين الذمي وبين المستأمن؛ لأن كل واحد منهما كتابي معصوم الدم. وأما المرتد والحربي فلا دية لهما؛ لعدم العصمة فيهما.

مسألة: (**ودية المجوسي ثمانمائة درهم ونساؤهم على النصف من دياتهم**).

هذا قول أكثر أهل العلم. قال أحمد: ما أقل ما اختلف في دية المجوسي وممن قال ذلك عمر وعثمان وابن مسعود وسعيد بن المسيب ومالك والشافعي وإسحاق.

وقال أبو حنيفة: ديته كدية المسلم؛ لأنه آدمي معصوم فأشبه المسلم.

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٨: ٣٣ كتاب الجنايات، الروايات فيه عن عثمان رضي الله عنه.

(٢) زيادة من المغني ٩: ٥٣٠.

ولنا قول من سمينا من الصحابة ولم يعرف لهم في عصرهم مخالف فكان إجماعاً . وسواء كان المجوسي ذمياً أو مستأمناً ؛ لأنه محقون الدم ونساؤهم على النصف من دياتهم بإجماع وجراح كل واحد معتبرة من ديته ، وإن قتلوا عمداً أضعفت الدية على قاتله المسلم ؛ لإزالة القود نص عليه أحمد قياساً على الكتابي .

مسألة : **(ودية الحرة المسلمة نصف دية الحر المسلم)** .

قال ابن المنذر وابن عبدالبر : أجمع أهل العلم على أن دية المرأة نصف دية الرجل وحكى غيرهما عن ابن علية والأصم أنهما قالا : ديتها كدية الرجل ؛ لقوله عليه السلام : «في النفس المؤمنة مائة من الإبل»[1] وهذا قول شاذ يخالف إجماع الصحابة وسنة النبي عليه السلام فإن في كتاب عمرو بن حزم : « دية المرأة على النصف من دية الرجل »[2] وهو أخص مما ذكروه وهما في كتاب واحد فيكون ما ذكرنا مفسراً لما ذكروه مخصصاً له ، ودية نساء كل أهل دين على النصف من دية رجالهم .

مسألة : **(وتساوي جراح المرأة جراح الرجل إلى ثلث الدية فإن جاوز الثلث فعلى النصف)** .

يروى هذا عن عمر وابنه وزيد بن ثابت وبه قال سعيد بن المسيب ومالك . قال ابن عبدالبر : وهو قول فقهاء أهل المدينة السبعة وجمهور أهل المدينة ، وحكي عن الشافعي في القديم ؛ لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : قال رسول الله ﷺ : «عقلُ المرأةِ مثلُ عقلِ الرجلِ حتى يبلغَ الثلثَ من ديّتِها»[3] . أخرجه النسائي .

كذا وجدته في المغني والأحكام لشيخنا ابن تيمية من ديته ما وصوا به من ديته لإجماع العلماء على أن في ثلاث أصابع ثلاثون من الإبل وهو ثلاثة أخماس ديتها .

---

(١) سبق تخريجه ص: ٢٨٦.

(٢) أخرجه النسائي في سننه (٤٨٥٣) ٨: ٥٧ كتاب القسامة ، ذكر حديث عمرو بن حزم في العقول.
وأخرجه مالك في الموطأ (١) ٢: ٦٤٧ كتاب العقول ، باب ذكر العقول.

(٣) أخرجه النسائي في سننه (٤٨٠٥) ٨: ٤٤ كتاب القسامة، عقل المرأة.

وقال ربيعة: قلت لسعيد بن المسيب: «كم في إصبع المرأة؟ قال: عشر من الإبل. قلت: ففي إصبعين. قال: عشرون. قلت: ففي ثلاث أصابع. قال: ثلاثون. قلت: ففي أربع. قال: عشرون. قال: قلت: لما عظُمَت مُصيبَتُها قَلَّ عقلُها. قال: هكذا السنة يا ابن أخي»[1]. وهذا يقتضي سنة رسول الله ﷺ. رواه سعيد بن منصور.

ولأنه إجماع الصحابة إذا لم ينقل عنهم خلاف ذلك إلا عن علي ولا نعلم ثبوت ذلك عنه.

ولأن ما دون الثلث يستوي فيه الذكر والأنثى بدليل الجنين فإنه تستوي دية الذكر والأنثى.

وأما الثلث نفسه فهل يستويان فيه؟ على روايتين:

إحداهما: يستويان فيه؛ لأنه لم يعتبر حد القلة ولهذا صحت الوصية به.

وروي أنهما يختلفان فيه. وهو الصحيح؛ لقوله عليه السلام: «حتى يبلُغَ الثلث» و "حتى" للغاية. فيجب أن تكون مخالفة لما قبلها؛ كقوله تعالى: ﴿حتى يُعطوا الجزية﴾ [التوبة: ٢٩].

ولأن الثلث في حد الكثرة؛ لقوله عليه السلام: «والثُّلُثُ كثير»[2].

وأما دية نساء سائر أهل الأديان فقال أصحابنا: تساوي دياتهم ديات رجالهم إلى الثلث؛ لعموم قوله عليه السلام: «عقلُ المرأةِ مثلُ عقلِ الرجلِ حتى يبلغَ الثلثَ من ديَتِها[3]»[4].

ولأن الواجب دية امرأة فساوت دية الرجل من أهل دينها كالمسلمين، ويحتمل أن تساوي المرأة الرجل إلى قدر ثلث دية الرجل المسلم؛ لأنه القدر الكثير الذي يثبت فيه التنصيف في الأصل وهو دية المسلمين.

مسألة: (**ودية العبد والأمة قيمتهما بالغة ما بلغ ذلك**).

(١) أخرجه مالك في الموطأ ٢: ٦٥٥ كتاب العقول، باب ما جاء في عقل الأصابع.

(٢) سبق تخريجه ص: ٢٩٦.

(٣) في الأصل: ديته. وما أثبتناه من السنن.

(٤) أخرجه النسائي في سننه (٤٨٠٥) ٨: ٤٤ كتاب القسامة، عقل المرأة.

قد تقدم شرح هذه المسألة فيما مضى ولا فرق في هذا الحكم بين القن من العبيد والمدبر والمكاتب وأم الولد قال الخطابي : أجمع عامة الفقهاء على أن المكاتب عبد ما بقي عليه درهم في جنايته والجناية عليه إلا إبراهيم النخعي فإنه قال في المكاتب : يؤدي بقدر ما أدى من كتابته دية الحر وما بقي دية العبد ، وروي في ذلك شيء عن علي رضي الله عنه . وقد روى أبو داود في سننه والإمام أحمد في مسنده بإسنادهما عن ابن عباس قال : «قضى رسول الله ﷺ في المكاتب يقتل أنه يُودَى ما أدَّى من كتابته دية الحر وما بقي دية العبد»[1] .

قال الخطابي : وإذا صح الحديث وجب القول به إذا لم يكن منسوخاً أو معارضاً بما هو أولى منه .

مسألة : (**دية الجنين إذا سقط [من الضربة]**[2] **ميتاً وكان من حرة مسلمة غرة عبد أو أمة قيمتها خمس من الإبل مؤونة عنه كأنه سقط حياً**) .

يقال غرة عبد بالصفة وغرة عبد بالإضافة والصفة أحسن ؛ لأن الغرة اسم للعبد نفسه ، قال مهلهل :

كل قتيل في كُليب غُره حتى ينال القتل إلى مره

وهذه المسألة تشتمل على خمسة أحكام :

الأول : أن في جنين الحرة المسلمة غرة وهذا قول أكثر أهل العلم منهم عمر وعطاء والشعبي والنخعي والزهري وأبو حنيفة وأصحابه ومالك والشافعي .

وقد روي عن عمر «أنه استشار الناس في إملاص المرأة . فقال المغيرة بن شعبة : شهدت النبي ﷺ قضى فيه بغرة عبد أو أمة . قال : لتأتين بمن يشهد معك . فشهد له محمد بن مسلمة»[3] .

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٤٥٨١) ٤: ١٩٣ كتاب الديات ، باب في دية المكاتب.
وأخرجه أحمد في مسنده (٣٤١٣) طبعة إحياء التراث.

(٢) زيادة من المغني ٩: ٥٣٥.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه (٦٥٠٩) ٦: ٢٥٣١ كتاب الديات، باب جنين المرأة.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٦٨٩) ٣: ١٣١١ كتاب القسامة، باب دية الجنين...

وعن أبي هريرة قال: «اقتتلتِ امرأتان من هُذيل. فرمتْ إحداهما الأخرى بحجرٍ فقتلتها وما في بطنها. فاختصموا إلى رسول الله ﷺ. فقضى رسول الله ﷺ أن دية جنينها عبد أو أمة. وقضى بديةِ المرأة على عاقلتها. وورثها ولدها ومن معهم»[1] متفق عليه.

والغرة عبد أو أمة سميا بذلك؛ لأنهما من أنفس الأموال والأصل في الغرة الخيار.

فإن قيل: فقد روي في هذا الخبر: «أو فرسٍ أو بغل»[2].

قلنا: هذا لا يثبت رواه عيسى بن يونس[3] ووهم فيه قاله أهل النقل، والحديث الصحيح المتفق عليه إنما فيه: «عبد أو أمة».

وأما قول الخرقي: من حرة مسلمة فإنما أراد أن جنين الحرة المسلمة لا يكون إلا حراً مسلماً فمتى كان الجنين حراً مسلماً ففيه الغرة، وإن كانت أمه كافرة أو أمة مثل أن يتزوج المسلم كتابية فإن جنينها منه محكوم بإسلامه وفيه الغرة ولا ترث الأم منها شيئاً؛ لأنه مسلم. وولد السيد من أمته وولد المغرور من أمة حر، وكذلك لو وطئت الأمة بشبهة فولدها حر وفيه الغرة، وأما إن كان الجنين محكوماً برقه لم تجب فيه الغرة وسيأتي بيان حكمه، وأما جنين الكتابية والمجوسية إذا كان محكوماً بكفره ففيه عشر دية أمه وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وذلك لأن جنين الحرة المسلمة مضمون بعشر دية أمه فكذلك جنين الكافرة إلا أن أبا حنيفة يرى دية الكافرة كدية المسلمة فلا يتحقق عنده بينهما اختلاف، فإن كان أبوي الجنين كافرين مختلف دينهما كولد الكتابي من المجوسية والمجوسي من الكتابية اعتبرناه بأكثرهما دية فنوجب فيه عشر دية كتابية بكل حال؛ لأن ولد المسلم من الكافرة معتبر بأكثرهما دية كذا هاهنا، ولا فرق فيما ذكرنا بين كون

---

(١) سبق تخريجه ص: ٢٤٣.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٤٥٧٩) ٤: ١٩٣ كتاب الديات، باب دية الجنين.

(٣) في الأصل: موسى. وما أثبتناه من المغني ٩: ٥٣٥.

الجنين ذكراً أو أنثى ؛ لأن السنة لم تفرق بينهما وبه قال أبو حنيفة وأصحابه والشافعي وعامة أهل العلم .

الحكم الثاني : أن الغرة إنما تجب إذا سقط من الضربة ويعلم ذلك بأن يسقط عقيب الضرب أو ببقائها متألمة إلى أن يسقط ولو قتل حاملاً لم يسقط جنينها أو ضرب من في جوفها حركة أو انتفاخ فسكن الحركة وأذهبها لم يضمن الجنين ، وبهذا قال مالك والشافعي ؛ لأنه لا يثبت حكم الولد إلا بخروجه ولذلك لا تصح له وصية ولا ميراث .

ولأن الحركة يجوز أن تكون لريح في البطن سكنت ولا يجب الضمان بالشك وأما إذا ألقته ميتاً فقد تحقق والظاهر تلفه من الضربة فيجب ضمانه سواء ألقته في حياتها أو بعد موتها وبه قال الشافعي ؛ لأنه جنين تلف بجنايته وعلم ذلك بخروجه فوجب ضمانه كما لو سقط في حياتها .

ولأنه لو سقط حياً ضمنه فكذلك إذا سقط ميتاً كما لو أسقطته في حياتها .

الحكم الثالث : أن الغرة عبد أو أمة وهذا قول أكثر أهل العلم ؛ لأن رسول الله ﷺ قضى في إملاص المرأة بعبد أو أمة وسنة رسول الله ﷺ قاضية على ما خالفها .

إذا ثبت هذا فإنه تلزمه الغرة فإن أراد دفع بدلها ورضي المدفوع إليه جاز ؛ لأنه حق آدمي فجاز ما تراضيا عليه وأيهما امتنع من قبول البدل فله ذلك ؛ لأن الحق فيها فلا يقبل بدلها إلا برضاهما وتجب الغرة سليمة من العيوب وإن قل العيب ؛ لأنه حيوان وجب بالشرع فلم يقبل فيه العيب كالشاة في الزكاة .

ولأن الغرة الخيار والمعيب ليس بخيار ولا يتقدر سنها في ظاهر كلام الخرقي وهو قول أبي حنيفة . وقال القاضي وأبو الخطاب وأصحاب الشافعي : لا يقبل فيها من له دون سبع سنين ؛ لأنه يحتاج إلى من يكفله ويحضنه وليس من الخيار وذكر بعض أصحاب الشافعي أنه لا يقبل فيها غلام بلغ خمس عشرة سنة ؛ لأنه لا يدخل على النساء ولا ابنة عشرين وهذا تحكم لم يرد الشرع به فيجب أن لا يقبل وما ذكروه من الحاجة إلى الكفالة باطل بمن له فوق السبع .

ولأن بلوغه قيمة الكبير مع صغره يدل على أنه خيار و لم يشهد لما ذكروه نص ولا له نظير يقاس عليه والشاب البالغ أكمل من الصبي عقلاً وبنية وأقدر على التصرفف وأنفع في[1] الخدمة وقضاء الحاجة وكونه لا يدخل على النساء إن أريد به النساء الأجنبيات فلا حاجة إلى دخوله عليهن وإن أريد به سيدته فليس بصحيح فإن الله تعالى قال: ﴿ليستأذنكم الذين ملكت أيمانكم والذين لم يبلغوا الحلم منكم ثلاث مرات -إلى قوله :- ليس عليكم ولا عليهم جناح بعدهن طوافون عليكم بعضكم على بعض﴾ [النور :٥٨] ثم لو لم يدخل على النساء لحصل من نفعه أضعاف ما يحصل من دخوله وفوات شيء إلى ما هو أنفع منه لا يعد فواتاً كمن اشترى بدرهم ما يساوي عشرة لا يعد فواتاً ولا خسراناً.

الحكم الرابع: أن الغرة قيمتها نصف عشر الدية وهي خمس من الإبل روي ذلك عن عمر وزيد وبه قال النخعي وأبو حنيفة وأصحابه ومالك والشافعي؛ لأن ذلك أقل ما قدره الشرع في الجنايات وهو أرش الموضحة ودية النفس فرددناه إليه.

فإن قيل: فقد وجب في الأنملة ثلاثة أبعرة وثلث، وذلك دون ما ذكرتموه.

قلنا: الذي نص عليه صاحب الشريعة أرش الموضحة وهو خمس من الإبل، وإذا كان أبوي الجنين كتابيين ففيه غرة قيمتها نصف قيمة الغرة الواجبة في المسلم، وفي جنين المجوسية غرة قيمتها أربعون درهماً. وإذا تعذر وجود غرة بهذه الدراهم وجبت الدراهم؛ لأنه موضع حاجة، وإذا اتفق نصف عشر الدية من الأصول كلها بأن تكون قيمتها خمساً من الإبل وخمسين ديناراً أو ستمائة درهم فلا كلام، وإن اختلفت قيمة الإبل فنصف[2] عشر الدية من غيرها مثل إن كانت قيمة الإبل أربعين ديناراً أو أربعمائة درهم فظاهر كلام الخرقي أنها تقوم بالإبل؛ لأنها الأصل وعلى قول غيره من أصحابنا تقوم بالذهب أو الورق فتجعل قيمتها خمسين ديناراً أو ستمائة درهم فإن اختلفا قومت على أهل الذهب به وعلى أهل

(١) في الأصل: من. وما أثبتناه من المغني ٩: ٥٤١.
(٢) في الأصل: ونصف. وما أثبتناه من المغني ٩: ٥٤٢.

الورق به فإن كان من أهل الذهب والورق جميعاً قومها من هي عليه بما شاء منهما ؛ لأن الخيرة إلى الجاني في دفع ما شاء من الأصول ويحتمل أن تقوم بأدناهما على كل حال لذلك وإذا لم توجد الغرة انتقل إلى خمس من الإبل على قول الخرقي وعلى قول غيره ينتقل إلى خمسين ديناراً أو ستمائة درهم .

الحكم الخامس : أن الغرة موروثة عن الجنين كأنه سقط حياً ؛ لأنها دية له وبدل عنه فترثها ورثته كما لو قتل بعد الولادة ، وبهذا قال أبو حنيفة وأصحابه والشافعي . وقال الليث : لا تورث بل تكون بدله لأمه ؛ لأنه كعضو من أعضائها فأشبه يدها .

ولنا أنها دية آدمي حر فوجب أن تكون موروثة عنه كما لو ولدته حياً ثم مات ، وقوله أنه عضو من أعضائها لا يصح ؛ لأنه لو كان كذلك لدخل بدله في دية أمه كيدها ولما منع من القصاص من أمه وإقامة الحد عليها من أجله ولما وجبت الكفارة بقتله ولما صح عتقه دونها ولا عتقها دونه ولا تصور حياته بعد موتها .

ولأن كل نفس تضمن بالدية تورث كدية الحي .

فعلى هذا إذا أسقطت جنيناً ميتاً ثم ماتت فإنها ترث نصيبها من الغرة ثم يرثها ورثتها وإن أسقطته حياً ثم مات قبلها ثم ماتت فإنها ترث نصيبها من ديته ثم يرثها ورثتها وإن ماتت قبله ثم ألقته ميتاً لم يرث أحدهما صاحبه وإن خرج حياً ثم ماتت قبله ثم مات أو ماتت ثم خرج حياً ثم مات ورثها ثم يرثه ورثته .

مسألة : **(وإن كان الجنين مملوكاً ففيه عشر قيمة أمه سواء كان الجنين ذكراً أو أنثى)** .

أما إذا كان جنين الأمة مملوكاً فسقط من الضربة ميتاً ففيه عشر قيمة أمه وبه قال مالك والشافعي ؛ لأنه جنين مات بالجناية في بطن أمه فلم يختلف ضمانه بالذكورية والأنوثية كجنين الحرة .

إذا ثبت هذا فإن قيمة أمه معتبرة يوم الجناية عليها وهذا منصوص الشافعي . وقال بعض أصحاب الشافعي : يقوم حين أسقطت ؛ لأن الاعتبار في ضمان الجناية بالاستقرار ويتخرج لنا وجه كذلك .

ولنا أنه لم يتخلل بين الجناية وحال الاستقرار ما يوجب تغيير بدل النفس فكان الاعتبار بحال الجناية كما لو جرح عبداً ثم نقصت السوق لكثرة الجلب ثم مات فإن الاعتبار بقيمته يوم الجناية .

ولأن قيمتها تتغير بالجناية وتنقص فلم تقوم في حال النقص الحاصل بالجناية .

مسألة : **(وإن ضرب بطنها فألقت جنيناً حياً ثم مات من الضربة ففيه دية حر إن كان حراً أو قيمته إن كان مملوكاً إذا كان سقوطه لوقت يعيش لمثله وهو أن يكون لستة أشهر فصاعداً)** .

هذا قول أكثر أهل العلم .

قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن في الجنين يسقط حياً من الضربة دية كاملة منهم زيد بن ثابت وعروة والزهري وأبو حنيفة وأصحابه ومالك والشافعي وذلك لأنه مات من جنايته بعد ولادته في وقت يعيش لمثله فأشبه قتله بعد وضعه . وفي هذه المسألة ثلاثة أحكام :

الأول : أنه إننما يضمن بالدية إذا وضعته حياً ، ومتى علمت حياته ثبت له هذا الحكم سواء ثبتت باستهلاله أو ارتضاعه أو بتنفسه أو عطاسه أو غيره من الأمارات التي تعلم بها حياته هذا ظاهر كلام الخرقي وهو مذهب الشافعي . وعن أحمد أنه لا يثبت له حكم الحياة إلا باستهلال وهذا قول الزهري ومالك ، وروي معنى ذلك عن عمر وابن عباس والحسن بن علي وجابر ؛ لقول النبي ﷺ : «إذا استهل المولود ورَثَ وورِث»[1] .

مفهومه : أنه لا يرث إذا لم يستهل . والاستهلال : الصياح ، قاله ابن عباس والنخعي ؛ لأن النبي ﷺ قال : «ما من مولود يولد إلا يمسُّه الشيطان فيستهلّ

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٢٩٢٠) ٣: ١٢٨ كتاب الفرائض ، باب في المولود يستهل ثم يموت.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (١٥٠٨) ١: ٤٨٣ كتاب الجنائز ، باب ما جاء في الصلاة على الطفل.

صارخاً إلا مريم وابنها»[1] فلا يجوز غير ما قاله رسول الله ﷺ. والأصل في تسمية الصياح استهلالاً أن من عادة الناس أنهم إذا رأوا الهلال صاحوا وأراه بعضهم بعضاً فسمي صياح المولود استهلالاً ؛ لأنه في ظهوره بعد خفائه كالهلال وصياحه كصياح من يتراآه .

ولنا أنه قد علمت حياته فأشبه المستهل ، والخبر يدل بمعناه وتنبيهه على ثبوت الحكم في سائر الصور ؛ لأن شربه اللبن أدل على حياته من صياحه وعطاسه صوت منه كصياحه ، وأما الحركة والاختلاج المنفرد فلا يثبت به حكم الحياة ؛ لأنه قد يتحرك بالاختلاج وسبب آخر وهو خروجه من مضيق فإن اللحم يختلج سيما إذا عصر ثم ترك فلم تثبت بذلك حياته .

الحكم الثاني : أنه إنما يجب ضمانه إذا علم موته بسبب الضربة ويحصل ذلك بسقوطه في الحال وموته أو بقائه متألماً إلى أن يموت أو بقاء أمه متألمة إلى أن تسقطه فيعلم بذلك موته بالجناية كما لو ضرب رجلاً فمات عقيب ضربه أو بقي ضمناً حتى مات ، وإن ألقته حياً فجاء آخر فقتله وكانت فيه حياة مستقرة فعلى الثاني القصاص إذا كان عمداً أو الدية كاملة ، وإن لم تكن فيه حياة مستقرة بل كانت حركته كحركة المذبوح فالقاتل هو الأول وعليه الدية كاملة وعلى الثاني التعزير ، وإن وقع الجنين حياً ثم بقي زمناً[2] سالماً لا ألم به لم يضمنه الضارب ؛ لأن الظاهر أنه لم يمت من جنايته .

الحكم الثالث : أن الدية الكاملة إنما تجب فيه إذا كان سقوطه لستة أشهر فصاعداً فإن كان لدون ذلك ففيه غرة كما لو سقط ميتاً وبهذا قال المزني . وقال الشافعي : فيه دية كاملة ؛ لأننا علمنا حياته ، وقد تلف من جنايته .

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٤٢٧٤) ٤: ١٦٥٥ كتاب تفسير القرآن ، باب ﴿وإني أعيذها بك وذريتها من الشيطان الرجيم﴾.
وأخرجه مسلم في صحيحه (٢٣٦٦) ٤: ١٨٣٨ كتاب الفضائل ، باب فضائل عيسى عليه السلام.

(٢) في الأصل: أمنا، وما أثبتناه من المغني ٩: ٥٥٢.

ولنا أنه لم تعلم فيه حياة يتصور بقاؤه بها فلم تجب فيه دية كما لو ألقته ميتاً وكالمذبوح، وقولهم أننا علمنا حياته قلنا: وإذا سقط ميتاً وله ستة أشهر فقد علمنا حياته أيضاً.

مسألة: **(وعلى كل من ضرب ممن ذكرت عتق رقبة مؤمنة سواء كان الجنين حياً أو ميتاً)**.

هذا قول أكثر أهل العلم منهم: الحسن والزهري ومالك والشافعي.

قال ابن المنذر: كل من نحفظ عنه من أهل العلم يوجب على ضارب بطن المرأة تلقي جنيناً الرقبة مع الغرة، وروي ذلك عن عمر.

وقال أبو حنيفة: لا تجب الكفارة؛ لأن النبي ﷺ لم يوجب الكفارة حين أوجب الغرة.

ولنا قول الله تعالى: ﴿ومن قتل مؤمنًا خطأً فتحرير رقبة مؤمنة﴾ [النساء:٩٢]، وقال تعالى: ﴿وإن كان من قومٍ بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة إلى أهله وتحرير رقبة مؤمنة﴾ [النساء:٩٢] وهذا الجنين إن كان من مؤمنين أو أحد أبويه مؤمناً فهو محكوم بإيمانه تبعاً يرثه ورثته المؤمنون ولا يرث الكافر منه شيئاً، وإن كان من أهل الذمة فهو من قوم بيننا وبينهم ميثاق.

ولأنه نفس مضمون بالدية فوجبت فيه الرقبة كالكبير، وترك ذكر الكفارة لا يمنع وجوبها كقوله عليه السلام: «في النفس المؤمنة مائة من الإبل»[1] وذكر الدية في مواضع و لم يذكر الكفارة.

ولأنه عليه السلام: قضى بدية المقتولة على عاقلة القاتلة و لم يذكر كفارة وهي واجبة كذا هاهنا. وإنما كان كذلك؛ لأن الآية أغنت عن ذكر الكفارة في موضع آخر فاكتفى بها.

مسألة: **(وإذا شربت الحامل دواء فألقت جنيناً فعليها غرة لا ترث منها شيئاً وتعتق رقبة)**.

---

(١) سبق تخريجه ص: ٢٨٦.

ليس في هذا اختلاف بين أهل العلم إلا ما كان من قول من لم يوجب عتق الرقبة على ما قدمنا وذلك لأنها أسقطت الجنين بفعلها وجنايتها فلزمها ضمانه بالغرة كما لو جنى عليه غيرها ولا ترث من الغرة شيئاً ؛ لأن القاتل لا يرث المقتول وتكون الغرة لسائر ورثته وعليها عتق رقبة كما قدمته . ولو كان الجاني المسقط للجنين أباه أو غيره من ورثته فعليه غرة لا يرث منها شيئاً ويعتق رقبة وهذا قول الزهري والشافعي وغيرهما .

مسألة : **(وإذا رمى ثلاثة بالمنجنيق فرجع الحجر فقتل رجلاً ، فعلى عاقلة كل واحد منهم ثلث الدية ، وعلى كل واحد منهم عِتْقُ رقبة مؤمنةٍ في ماله)** .

أما عتق الرقبة على كل واحد منهم فلا نعلم فيه خلافاً بين أهل العلم إلا ما حكي عن أحمد أن على الجميع كفارة واحدة وسيأتي ذكرها إن شاء الله تعالى .

والمذهب : على وجوب الكفارة على كل واحد منهم ؛ لأن كل واحد منهم مشارك في إتلاف آدمي معصوم والكفارة لا تتبعض فكملت في حق كل واحد ثم لا يخلو من حالين :

أحدهما : أن يقتل واحداً منهم .

والثاني : أن يقتل واحداً من غيرهم فإن كان المقتول من غيرهم فعلى كل واحد عتق رقبة كما ذكرنا والدية على عواقلهم أثلاثاً ؛ لأن العاقلة تحمل الثلث فما زاد سواء قصدوا رمي واحد بعينه أو رمي جماعة أو لم يقصدوا ذلك إلا أنهم إن[1] لم يقصدوا قتل آدمي معصوم فهو خطأ ديته دية الخطأ ، وإن قصدوا رمي جماعة أو واحد بعينه فهو شبه عمد ؛ لأن قصد الواحد بعينه بالمنجنيق لا يكاد يفضي إلى إتلافه فتكون ديته مغلظة على العاقلة إلا أنها في ثلاث سنين ، وعلى قول أبي بكر : لا تحمل العاقلة دية شبه العمد فلا تحمله هاهنا .

---

(١) زيادة من المغني ٩: ٥٥٩.

الثاني : أن يصيب رجلاً منهم فعلى كل واحد كفارة أيضاً ولا تسقط عمن أصابه الحجر ؛ لأنه شارك في قتل نفس مؤمنة والكفارة إنما تجب لحق ا لله فوجبت عليه بالمشاركة في نفسه كوجوبها بالمشاركة في قتل غيره .

وأما الدية ففيها ثلاثة أوجه :

أحدها : أن على عاقلة كل واحد منهم ثلث ديته لورثة المقتول ؛ لأن كل واحد منهم مشارك في قتل نفس مؤمنة خطأ فلزمته ديتها كالأجانب ، وهذا ينبني على إحدى الروايتين في أن جناية المرء على نفسه أو أهله خطأ تحمل عقلها عاقلته .

الوجه الثاني : أن ما قابل فعل المقتول ساقط لا يضمنه أحد ؛ لأنه شارك في إتلاف حقه فلم يضمن ما قابل فعله كما لو شارك في قتل بهيمته أو عبده وهذا الذي ذكره القاضي في المجرد و لم يذكر غيره وهو مذهب الشافعي .

الثالث : أن يلغى فعل المقتول في نفسه وتجب ديته بكمالها على عاقلة الآخرين نصفين . قال أبو الخطاب : هذا قياس المذهب بناء على مسألة المتصادمين ، والذي ذكره القاضي أحسن وأصح في النظر . وقد روي نحوه عن علي رضي ا لله عنه في مسألة القارصة والقامصة والواقصة .

قال الشعبي : «وذلك أن ثلاث جوار اجتمعن فأَرِنَّ[1] . فركبت إحداهن على عنق أخرى . وقَرَصَتِ الثالثة المركوبة فَقَمَصَت فسقطت الراكبة فوُقِصَت عُنُقُها فماتت . فرفع ذلك إلى علي فقضى بالدية أثلاثًا على عواقلهن» . وألغى الثلث الذي قابل فعل الواقصة ؛ لأنها أعانت على قتل نفسها . وهذه شبيهة بمسألتنا .

ولأن المقتول مشارك في القتل . فلم تكمل الدية على شريكيه ؛ كما لو قتلوا واحداً من غيرهم .

(١) فأرِنَّ: أي نَشِطْنَ.

وإن رجع الحجر فقتل اثنين من الرماة فعلى الوجه الأول : تجب ديتهما على عواقلهما أثلاثاً وعلى كل واحد كفارتان ، وعلى الوجه الثاني : تجب على عاقلة الحيّ منهم لكل ميت ثلث ديته وعلى عاقلة كل واحد من الميتين ثلث دية صاحبه ويلغى فعله في نفسه ، وعلى الوجه الثالث : على عاقلة الحي لكل واحد من الميتين نصف الدية ويجب على عاقلة كل واحد من الميتين نصف الدية لصاحبه .

مسألة : **(وإن كانوا أكثر من ثلاثة فالدية حالة في أموالهم)** .

هذا هو الصحيح في المذهب سواء كان المقتول منهم أو من غيرهم إلا أنه إذا كان منهم يكون فعل المقتول في نفسه هدراً ؛ لأنه لا يجب عليه لنفسه شيء ويكون باقي الدية في أموال شركائه حالاً ؛ لأن التأجيل في الديات إنما يكون فيما تحمله العاقلة وهذا لا تحمله العاقلة ؛ لأنها لا تحمل ما دون الثلث والقدر اللازم لكل واحد دون الثلث وذكر أبو بكر فيها رواية أخرى أن العاقلة تحملها ؛ لأن الجناية فعل واحد أوجب دية تزيد على الثلث والصحيح الأول ؛ لأن كل واحد منهم يختص بموجب فعله دون فعل شركائه وحمل العاقلة إنما شرع للتخفيف عن الجاني فيما يشق وينقل ، وما دون الثلث يسير على ما أسلفناه والذي يلزم كل واحد أقل من من الثلث ، وأما قوله أنه فعل واحد قلنا بل هي أفعال ؛ لأن فعل كل واحد غير فعل الآخر وإنما موجب الجميع واحد فأشبه ما لو جرحه كل واحد منهم جرحاً فأتته النفس بجميعها .

إذا ثبت هذا فالضمان يتعلق بمن مد الحبال ورمى الحجر دون من وضعه في الكفة وأمسك الخشب اعتباراً بالمباشر كمن وضع سهماً في قوس رجل ورماه صاحب القوس فالضمان على الرامي دون الواضع . وا لله أعلم .

باب ديات الجراح

الجراح يتنوع نوعين :

أحدهما : الشجاج وهي : ما كان في رأس أو وجه . الثاني : ما كان في سائر البدن وينقسم قسمين : أحدهما : قطع عضو . والثاني : قطع لحم والمضمون في الآدمي ضربان : أحدهما : ما ذكرنا ، والثاني : تفويت منفعة كتفويت السمع والبصر والعقل .

مسألة : قال أبو القاسم رحمه الله : **(ومن أتلف ما في الإنسان منه شيء واحد ففيه الدية ، وما فيه شيئان ففي كل واحد منهما نصف الدية)** .

أما كل عضو لم يخلق الله تعالى في الإنسان منه إلا واحداً كاللسان والأنف والذكر والصلب ففيه دية كاملة ؛ لأن إتلافه إذهاب منفعة الجنس وإذهابها كإتلاف النفس ، وما فيه منه[1] شيئان كالأذنين والعينين والمنخرين والشفتين والثديين واليدين والخصيتين والإليتين والرجلين ففيهما الدية كاملة ؛ لأن في إتلافهما إذهاب منفعة الجنس وفي إحداهما نصف الدية ؛ لأن في إتلافه إذهاب نصف منفعة الجنس وهذه الجملة مذهب الشافعي ولا نعلم فيه مخالفاً ، وقد روى الزهري عن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن أبيه عن جده «أن رسول الله ﷺ كتب له كتاباً إلى أهل اليمن وكان في كتابه : وفي الأنف إذا أوعب جدعه الدية ، وفي اللسان الدية ، وفي الشفتين الدية ، وفي البيضتين الدية ، وفي الذكر الدية ، وفي الصلب الدية ، وفي العينين الدية ، وفي الرجل الواحدة نصف الدية »[2] رواه النسائي .

(١) زيادة من المغني ٩: ٥٨٤.

(٢) أخرجه النسائي في سننه (٤٨٥٣) ٨: ٥٧ كتاب القسامة، ذكر حديث عمرو بن حزم في العقول...

ورواه ابن عبدالبر وقال : كتاب عمرو بن حزم معروف عند الفقهاء وما فيه متفق عليه [عند العلماء][1] إلا قليلاً .

فصل

وما في الإنسان منه أربعة أشياء ففيها الدية وفي كل واحد منها ربع الدية وهو أجفان العينين وأهدابها ، وما فيه منه عشرة ففيها الدية وفي كل واحد منها عشرها وهي أصابع اليدين والرجلين ، وما فيه منه ثلاثة ففيها الدية وفي الواحد منها ثلثها وهو المنخران والحاجز بينهما وعنه في المنخران الدية وفي الحاجز حكومة ؛ لأن المنخرين شيئان من جنس فكان فيهما الدية كالشفتين وليس في البدن شيء من جنس يزيد على الدية إلا الأسنان فإن في كل سن خمساً من الإبل فتزيد على الدية وقد روي أنه ليس فيها إلا الدية قياساً على سائر ما في البدن . والصحيح الأول ؛ لأن الخبر عن النبي عليه السلام ورد بإيجاب خمس في كل سن فيجب العمل به وإن خالف القياس .

مسألة : **(وفي العينين الدية)** .

أجمع أهل العلم على أن في العينين إذا أصيبتا خطأً الدية وفي العين الواحدة نصفها ؛ لقول النبي ﷺ : «وفي العينين الدية»[2] .

ولأنه ليس في الجسد منهما إلا شيئان ففيهما الدية وفي إحداهما نصفها كسائر الأعضاء التي كذلك ، وروي عن النبي عليه السلام أنه قال : «وفي العين الواحدة خمسون من الإبل»[3] رواه مالك في الموطأ .

ولأن العينين من أعظم الجوارح نفعاً وجمالاً فكانت فيهما الدية وفي إحداهما نصفها كاليدين .

إذا ثبت هذا فلا فرق بين أن يكونا صغيرتين أو كبيرتين أو مليحتين أو قبيحتين أو صحيحتين أو مريضتين أو حولاوتين أو رمصيتين فإن كان فيهما بياض

---

(١) زيادة من المغني ٩: ٥٨٤.
(٢) سبق قريبا.
(٣) أخرجه مالك في موطئه (١) ٢: ٦٤٧ كتاب العقول، باب ذكر العقول.

لا ينقص البصر لم تنقص الدية وإن نقص من البصر نقص من الدية بقدره وفي ذهاب البصر الدية ؛ لأن كل عضوين وجبت الدية بذهابهما وجبت بإذهاب نفعهما كاليدين إذا أشلهما وفي ذهاب بصر أحدهما نصف الدية كما لو أشل يداً واحدة وليس في إذهابهما بنفعهما أكثر من دية كاليدين .

مسألة : (**وفي الأشفار الأربعة الدية وفي كل واحد منهما ربع الدية**) .

يعني : أجفان العينين وهي أربعة ففي جميعها الدية ؛ لأن فيها منفعة الجنس وفي كل واحد منها ربع الدية ؛ لأن كل ذي عدد تجب في جميعه الدية يجب في الواحد منها بحصته من الدية كاليدين والأصابع وبهذا قال الحسن والشعبي وأبو حنيفة وأصحابه والشافعي ؛ لأنها أعضاء فيها جمال ظاهر ونفع كامل فإنها تكن العين وتحفظها وتقيها الحر والبرد وتكون كالغلق عليها يطبقه إذا شاء ويفتحه إذا شاء ولولاها لقبح منظره فوجبت فيها الدية كاليدين .

إذا ثبت هذا فإن في أحدها ربع الدية ؛ لأن كل ذي عدد تجب الدية في جميعه تجب بالحصة في الواحد منه كاليدين والأصابع ، وإن قلع العينين بأشفارهما وجبت ديتان ؛ لأنهما جنسان تجب الدية بكل واحد منهما منفرداً فوجب بإتلافهما جملة ديتان كاليدين والرجلين ، وتجب الدية في أشفار عين الأعمى ؛ لأن ذهاب بصره عيب في غير الأجفان فلم يمنع وجوب الدية فيها كذهاب الشم لا يمنع وجوب الدية في الأنف .

مسألة : (**وفي الأذنين الدية**) .

وروي ذلك عن عمر وعلي وبه قال أبو حنيفة وأصحابه والشافعي ومالك في إحدى الروايتين عنه ؛ لأن في كتاب النبي عليه السلام لعمرو بن حزم : «وفي الأذنين الدية »[1] .

ولأن عمر وعلياً قضيا فيهما بالدية .

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٨: ٨٥ كتاب الديات، باب الأذنين.

ولأن ما كان في البدن منه عضوان كان فيهما الدية كاليدين وفي إحداهما نصف الدية بغير خلاف بين القائلين بوجوب الدية فيهما .

ولأن كل عضوين وجبت الدية فيهما وجب في إحداهما نصفها كاليدين .

مسألة : **(وفي السمع إذا ذهب من الأذنين الدية)** .

لا خلاف في هذا . قال ابن المنذر : أجمع عامة أهل العلم على أن في السمع الدية روي ذلك عن عمر وبه قال الأوزاعي وأهل الشام وأهل العراق ومالك والشافعي وذلك لما روى معاذ أن النبي ﷺ قال : «وفي السمع الدية»[1] .

وروى أبو المهلب عن أبي قلابة «أن رجلاً رمى رجلاً بحجر في رأسه ، فذهب سمعه وعقله ولسانه ونكاحه ، فقضى عمر بأربع ديات والرجل حي»[2] .

ولأنها حاسة تختص بنفع فكان فيها الدية كالبصر ، وإن ذهب السمع من إحدى الأذنين وجب نصف الدية كما لو ذهب البصر من إحدى العينين ، وإن قطع أذنه فذهب سمعه وجبت ديتان ؛ لأن السمع في غيرهما فأشبه ما لو قلع [أجفان عينيه][3] فذهب بصره بخلاف العين إذا قلعت فذهب بصره فإن البصر في العين فأشبه البطش الذاهب بقطع اليد .

مسألة : **(وفي قرع الرأس إذا لم ينبت الشعر الدية ، وفي الحاجبين الدية إذا لم تنبت ، وفي شعر اللحية الدية إذا لم ينبت)** .

هذه الشعور الثلاثة في كل واحد منها دية . وذكر أصحابنا معها شعراً رابعاً وهو أهداب العينين وقد ذكرناه ففي كل واحد منهما دية وهذا قول أبي حنيفة والثوري . وممن أوجب في الحاجبين الدية سعيد بن المسيب والحسن ؛ لأنه أذهب الجمال على الكمال فوجبت فيه دية كاملة كإذن الأصم وأنف الأخشم .

مسألة : **(وفي المشامّ الدية)** .

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٨: ٨٥ كتاب الديات ، باب السمع. بلفظ: «وفي السمع مائة من الإبل».

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٨: ٨٦ كتاب الديات ، باب ذهاب العقل من الجناية.
وأخرجه عبدالرزاق في مصنفه (١٨١٨٣) ١٠: ١١ كتاب العقول، باب من أصيب من أطرافه ما يكون فيه ديتان أو ثلاث.

(٣) زيادة من المغني ٩: ٥٩٥.

يعني الشم في إتلافه الدية ؛ لأنه حاسة تختص بمنفعة فكان فيها الدية كسائر الحواس . ولا نعلم في هذا خلافاً .

قال القاضي في كتاب عمرو بن حزم عن النبي ﷺ أنه قال : «وفي المشام الدية»[1] .

ولأنه أذهب منفعة نفس فلزمته الدية ؛ كالسمع إذا أذهبه .

مسألة : (**وفي الشفتين الدية**) .

لا خلاف بين أهل العلم أن في الشفتين الدية وفي كتاب عمرو بن حزم الذي كتبه النبي عليه السلام : «وفي الشفتين الدية»[2] .

ولأنهما عضوان ليس في البدن مثلهما فيهما جمال ظاهر ومنفعة كاملة فإنهما طبق على الفم تقيانه ما يؤذيه ويستران الأسنان ويردان الريق وينفخ بهما ويتم بهما الكلام فإن فيهما بعض مخارج الحروف فتجب فيهما الدية كاليدين والرجلين .

وظاهر المذهب : أن في كل واحدة[3] منهما نصف ، روي هذا عن أبي بكر وعلي وإليه ذهب أكثر الفقهاء ، وعن أحمد أن في العليا ثلث الدية وفي السفلى ثلثين ؛ لأن هذا يروى عن زيد بن ثابت وبه قال سعيد بن المسيب والزهري .

ولأن المنفعة بها أعظم ؛ لأنها التي تدور وتتحرك وتحفظ الريق والطعام والعليا ساكنة لا حركة فيها .

والأول أصح ؛ لأنه قول أبي وعلي .

ولأن كل شيئين وجبت فيهما الدية وجب في أحدهما نصفها كسائر الأعضاء .

ولأن كل ذي عدد وجبت فيه الدية سوي بين جميعه فيها كالأصابع والأسنان ولا اعتبار بزيادة النفع بدليل ما ذكرنا من الأصل .

---

(١) ر. تخريج حديث عمرو بن حزم ص: ٢٥٩.

(٢) مثل السابق.

(٣) في الأصل: واحد. وما أثبتناه من المغني ٩: ٦٠٣.

وحد الشفة السفلى من أسفل ما تجافى عن الأسنان واللثة مما ارتفع عن جلدة الذقن وحد العليا من فوق ما تجافى عن الأسنان واللثة إلى اتصاله بالمنخرين والحاجز، وحدهما طولاً طول الفم إلى حاشية الشدقين وليست حاشية الشدقين منهما.

مسألة: **(وفي اللسان المتكلم به الدية)**.

أجمع أهل العلم على وجوب الدية في لسان الناطق، وروي ذلك عن أبي بكر وعلي وابن مسعود، وبه قال أهل المدينة وأهل الكوفة وأبو حنيفة وأصحابه وأصحاب الحديث وغيرهم وفي كتاب النبي ﷺ لعمرو بن حزم: «وفي اللسان الدية»[1].

ولأن فيه جمالاً ومنفعة فأشبه الأنف فأما الجمال فقد روي «أن النبي عليه السلام سئل عن الجمال فقال: في اللسان»[2] ويقال جمال الرجل في لسانه والمرء بأصغريه قلبه ولسانه ويقال: ما الإنسان لولا اللسان إلا صورة ممثلة أو بهيمة مهملة وأما النفع فإنه به يبلغ الأغراض ويستخلص الحقوق ويدفع الآفات ويقضي الحاجات ويتم العبادات في القراءة والذكر والشكر والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر والتعليم والدلالة على الحق المبين والصراط المستقيم وبه يذوق الطعام ويستعين في مضغه وتقليبه وتنقية الفم وتنظيفه فهو أعظم الأعضاء نفعاً وأتمها جمالاً فإيجاب الدية في غيره تنبيه على إيجابها فيه وإنما تجب الدية في لسان الناطق فإن كان أخرس لم تجب فيه دية كاملة بغير خلاف لذهاب نفعه المقصود منه كاليد الشلاء والعين القائمة.

وفي الكلام الدية فإذا جنى عليه فخرس وجبت ديته؛ لأن كل ما تعلقت الدية بإتلافه تعلقت بإتلاف منفعته كاليد فأما إن جنى عليه فأذهب ذوقه فقال أبو الخطاب: فيه الدية؛ لأن الذوق حاسة فأشبه الشم. وقياس المذهب: أنه لا دية فيه فإنه لا يختلف في أن لسان الأخرس لا تجب فيه الدية، وقد نص أحمد على أن

---

(١) ر. تخريج حديث عمرو بن حزم ص: ٢٥٩.

(٢) انظر الجامع الكبير للسيوطي ١: ٤٠٣ وعزاه إلى ابن الأنباري.

فيه ثلث الدية ولو وجب في الذوق دية لوجبت في ذهابه مع ذهاب اللسان بطريق الأولى .

مسألة : **(وفي كل سن خمس من الإبل إذا قلعت ممن قد ثغر والأضراس والأنياب كالأسنان)** .

لا نعلم بين أهل العلم خلافاً في أن دية الأسنان خمس خمس في كل سن ، روي ذلك عن عمر وابن عباس ومعاوية وسعيد بن المسيب وأبي حنيفة ومحمد بن الحسن ومالك والشافعي .

وفي كتاب عمرو بن حزم عن النبي عليه السلام : «في السن خمس من الإبل»[1] رواه النسائي .

وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ قال : «في الأسنان خمس خمس»[2] رواه أبو داود .

وأما الأضراس والأنياب فأكثر أهل العلم على أنها مثل الأسنان منهم أبو حنيفة ومحمد بن الحسن ومالك والشافعي وروي ذلك عن ابن عباس ومعاوية ، وحكي عن أحمد أن في جميع الأسنان والأضراس الدية فيتعين حمل هذه الرواية على مثل قول سعيد : إن في الأضراس بعيرين بعيرين للإجماع على أن في كل سن خمساً من الإبل وورود الحديث به فيكون في الأسنان ستون بعيراً ؛ لأن فيه اثني عشر سناً أربع ثنايا وأربع رباعيات وأربعة أنياب فيها خمس خمس وفيه عشرون ضرساً في كل جانب عشرة خمسة من فوق وخمسة من أسفل فيكون فيها أربعون بعيراً في كل ضرس بعيران فتكمل الدية . وحجة من قال هذا أنه ذو عدد يجب فيه الدية فلم تزد ديته على دية الإنسان ؛ كالأصابع والأجفان وسائر ما في البدن .

ولأنها تشتمل على منفعة جنس . فلم تزد ديتها على الدية ؛ كسائر منافع الجنس .

---

(١) ر. تخريج حديث عمرو بن حزم ص: ٢٥٩.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٤٥٦٣) ٤: ١٨٩ كتاب الديات ، باب ديات الأعضاء.

ولأن الأضراس تختص بالمنفعة دون الجمال والأسنان فيها منفعة وجمال فاختلفا في الأرش .

• ووجه ما نقله الخرقي ما روى أبو داود بإسناده عن ابن عباس أن النبي ﷺ قال : «الأصابع سواء ، والأسنان سواء ، الثنية والضرس سواء هذه وهذه سواء»[1] .

وهذا نص وقوله في الأحاديث المتقدمة : «في الأسنانِ خمسٌ خمسٌ»[2] ولم يفصل فيدخل في عمومها الأضراس ؛ لأنها أسنان .

ولأن كل دية وجبت في جملة كانت مقسومة على العدد دون المنافع كالأصابع والأجفان والشفتين وقد أومأ ابن عباس إلى هذا فقال : لا[3] أعتبرها بالأصابع ، وأما ما ذكروه من المعنى فلا بد من مخالفة القياس فيه فمن ذهب إلى قولنا خالف المعنى الذي ذكروه ومن ذهب إلى قولهم خالف التسوية الثابتة بقياس سائر الأعضاء من جنس واحد فكان ما ذكرناه مع موافقة الأخبار وقول أكثر أهل العلم أولى ، وإنما يجب هذا الضمان في سن من قد ثغر وهو الذي أبدل أسنانه وبلغ حداً إذا قلعت سنه لم يعد بدلها ، وأما سن الصبي الذي لم يثغر فلا يجب بقلعها في الحال شيء هذا قول أبي حنيفة وأصحابه ومالك والشافعي ولا أعلم فيه خلافاً وذلك لأن العادة عود سنه فلم يجب فيها في الحال شيء كنتف شعره لكن ينتظر عودها فإن مضت مدة يأس من عودها وجبت ديتها . قال أحمد : وينتظر سنة ؛ لأنه هو الغالب في نباتها .

وقال القاضي : إذا سقطت أخواتها ولم تعد هي أخذت الدية وإن نبت مكانها أخرى لم تجب ديتها كما لو نتف شعره فعاد مثله لكن إن عادت قصيرة أو مشوهة ففيها حكومة ؛ لأن الظاهر أن ذلك سبب الجناية عليها .

مسألة : **(وفي اليدين الدية)** .

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٤٥٥٩) ٤ : ١٨٨ الموضع السابق.
(٢) سبق قريباً.
(٣) في الأصل: ألا. وما أثبتناه من المغني ٩: ٦١٣.

أجمع أهل العلم على وجوب الدية في اليدين ووجوب نصفها في إحداهما ، وقد روي عن معاذ أن النبي ﷺ قال : «وفي اليدين الدية وفي الرجلين الدية»[1] ، وفي كتاب النبي عليه السلام لعمرو بن حزم : «وفي اليد خمسون من الإبل»[2] .

ولأن فيها جمالاً ظاهراً ومنفعة كاملة وليس في البدن من جنسهما غيرهما فكان فيهما الدية كالعينين ، واليد التي تجب فيها الدية من الكوع ؛ لأن اسم اليد عند الإطلاق ينصرف إليها بدليل أن الله تعالى قال : ﴿والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما﴾ [المائدة :٣٨] كان الواجب قطعهما من الكوع وكذلك التيمم يجب فيه مسح اليدين إلى الكوعين .

مسألة : **(وفي الثديين الدية سواء كان من رجل أو امرأة)** .

أما ثديا المرأة ففيهما ديتهما ، لا نعلم فيه بين أهل العلم خلافاً وفي الواحد منهما نصف الدية . قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن في ثديي المرأة الدية وفي أحدهما نصف الدية منهم أبو حنيفة وأصحابه ومالك والشافعي .

ولأن فيهما جمالاً ومنفعة فأشبها اليدين والرجلين وفي أحدهما نصف الدية ؛ لأن كل عضوين وجبت الدية فيهما وجب في أحدهما نصفها كاليدين وفي قطع حلمتي الثديين ديتهما نص عليه أحمد وبه قال الشافعي ؛ لأنه ذهب منهما ما تذهب المنفعة بذهابه فوجبت ديتهما كالأصابع مع الكف وحشفة الذكر وبيان ذهاب المنفعة أن بهما يشرب الصبي ويرتضع فهما كالأصابع في الكف وإن قطع الثديين كلهما فليس فيهما إلا دية كما لو قطع الذكر كله وإن حصل مع قطعهما جائفة وجب فيهما ثلث الدية مع ديتهما وإن حصل جائفتان وجبت دية وثلثان وإن ضربهما فأشلهما ففيهما الدية كما لو أشل يديه وإن جنى عليهما فأذهب لبنهما من غير أن يشلهما فقال أصحابنا : فيهما[3] حكومة وهذا قول أصحاب

(١) ر. تخريج حديث عمرو بن حزم ص: ٢٥٩.

(٢) أخرجه النسائي في سننه (٤٨٥٦) ٨: ٥٩ كتاب القسامة، العقول.

(٣) في الأصل: ففيهما ، وما أثبتناه من المغني ٩: ٦٢٤.

الشافعي ويحتمل أن تجب ديتهما ؛ لأنه ذهب بنفعهما فأشبه ما لو أشلهما ذكر الاحتمال صاحب المغني وهو ظاهر قول مالك .

* وأما ثديا الرجل وهما الثندوتان ففيهما أيضاً الدية ، وحُكي هذا قولاً للشافعي . وقال أبو حنيفة ومالك : فيهما حكومة وهو ظاهر مذهب الشافعي ؛ لأنه ذهب بالجمال من غير منفعة فلم تجب الدية كما لو أتلف العين القائمة واليد الشلاء .

ولنا أن ما وجب فيه الدية من المرأة وجب فيه من الرجل كاليدين وسائر الأعضاء .

ولأنهما عضوان في البدن يحصل بهما الجمال ليس في البدن غيرهما من جنسهما فوجبت فيهما الدية كاليدين .

ولأنه أذهب الجمال على الكمال فوجبت الدية كالشعور الأربعة عند أبي حنيفة وكأذني الأصم وأنف الأخشم عند الجميع . ويفارق العين القائمة ؛ لأنه ليس فيها جمال كامل .

ولأنها عضو قد ذهب منه ما تجب فيه الدية فلم تكمل ديته كاليدين إذا شلتا بخلاف مسألتنا .

مسألة : **(وفي الإليتين الدية)** .

قال ابن المنذر : كل من نحفظ عنه من أهل العلم يقول في الإليتين الدية وفي كل واحدة منهما نصفها ؛ لأنهما عضوان من جنس فيهما جمال ظاهر ومنفعة كاملة فإنه يجلس عليهما كالوسادتين فوجب فيهما الدية وفي إحداهما نصفها كاليدين والإليتان هما ما علا وأشرف عن الظهر وعن استواء الفخذين وفيهما الدية إذا أخذتا إلى العظم الذي تحتهما ، وفي ذهاب بعضهما[1] بقدره ؛ لأن ما وجبت الدية فيه وجبت في بعضه بقدره فإن جهل المقدار وجبت حكومة ؛ لأنه نقص لم يعرف قدره .

(١) في الأصل: بعضها. وما أثبتناه من المغني ٩: ٦٢٦.

مسألة : **(وفي الذكر الدية)** .

أجمع أهل العلم على أن في الذكر الدية ، وفي كتاب النبي عليه السلام لعمرو بن حزم : «وفي الذكر الدية»[1] .

ولأنه عضو واحد فيه الجمال والمنفعة فكملت فيه الدية كالأنف واللسان وفي شلله دية ؛ لأنه ذهب بنفعه أشبه ما لو أشل لسانه ، وتجب الدية في ذكر الكبير والصغير والشيخ والشاب سواء قدر على الجماع به أو لم يقدر . فأما ذكر العنين فأكثر أهل العلم على وجوب الدية فيه ؛ لعموم الحديث .

ولأنه غير مأيوس من جماعه وهو عضو سليم في نفسه فكملت ديته كذكر الشيخ . وذكر القاضي فيه عن أحمد روايتين :

إحداهما : تجب فيه الدية لذلك .

والثانية : لا تكمل ديته وهو مذهب قتادة ؛ لأن منفعته الإنزال والإحبال والجماع وقد عدم ذلك منه في حال الكمال فلم تكمل ديته كالأشل ، وبهذا فارق ذكر الصبي والشيخ ، واختلفت الرواية في ذكر الخصي فعنه فيه دية كاملة وهو قول الشافعي للخبر .

ولأن منفعة الذكر الجماع وهو باق فيه .

والثانية : لا تجب فيه وهو قول أبي حنيفة وأصحابه ومالك لما ذكرنا في ذكر العنين .

ولأن المقصود منه تحصيل النسل ولا يوجد ذلك منه فلم تكمل ديته كالأشل ، والجماع يذهب في الغالب بدليل أن البهائم يذهب جماعها بخصائها ، والفرق بين ذكر العنين وذكر الخصي أن الجماع في ذكر العنين أبعد منه في ذكر الخصي واليأس من الإنزال متحقق في ذكر الخصي دون ذكر العنين .

---

(١) سبق تخريجه ص: ٣١٨.

فعلى قولنا لا تكمل الدية في ذكر الخصي إن قطع الذكر والأنثيين دفعة واحدة أو قطع الذكر ثم قطع الأنثيين لزمته ديتان فإن قطع الأنثيين ثم الذكر لم تلزمه إلا دية واحدة في الأنثيين وفي الذكر حكومة ؛ لأنه ذكر خصي .

قال القاضي : نص أحمد على هذا وإن قطع نصف الذكر بالطول ففيه نصف الدية ذكره أصحابنا .

قال صاحب المغني : والأولى أن تجب الدية كاملة ؛ لأنه ذهب بمنفعة الجماع به فكملت ديته كما لو أشله أو كسر صلبه فذهب جماعه .

مسألة : **(وفي الأنثيين الدية)** .

لا نعلم في هذا خلافاً ، وفي كتاب النبي ﷺ لعمرو بن حزم : «وفي البيضتين الدية »[(١)] .

ولأن فيهما الجمال والمنفعة فإن النسل يكون بهما فكانت فيهما الدية كاليدين ، وفي إحداهما نصف الدية في قول أكثر أهل العلم ، وحكي عن سعيد بن المسيب أن في اليسرى ثلثي الدية وفي اليمنى ثلثها ؛ لأن نفع اليسرى أكثر ؛ لأن النسل يكون بها .

ولنا أن ما وجبت الدية في شيئين منه وجب في أحدهما نصفها كاليدين وسائر الأعضاء .

ولأنهما ذو عدد تجب فيه الدية فاستوت ديتهما كالأصابع ، وما ذكره ينتقض بها ، والأجفان تستوي دياتها مع اختلاف نفعها ثم يحتاج إلى إثبات ذلك الذي ذكره ، وإن رض أنثييه أو أشلهما كملت ديتهما كما لو أشل يديه أو ذكره وإن قطع أنثييه فذهب نسله لم يجب أكثر من دية ؛ لأن ذلك نفعهما فلم تزدد الدية بذهابه معهما كالبصر مع ذهاب العينين والبطش مع ذهاب الرجلين ، وإن قطع إحداهما فذهب النسل لم يجب أكثر من نصف الدية ؛ لأن ذهابه غير متحقق .

---

(١) سبق تخريجه ص: ٣١٨.

مسألة : **(وفي الرجلين الدية)** .

أجمع أهل العلم على أن في الرجلين الدية وفي إحداهما نصفها روي ذلك عن عمر وعلي وبه قال أبو حنيفة وأصحابه ومالك والشافعي وقد ذكرنا الحديث والمعنى فيما تقدم وفي تفصيلها مثل ما ذكرنا في اليدين ومفصل الكعبين هاهنا مثل مفصل الكوعين في اليدين .

مسألة : **(وفي كل إصبع من اليد والرجل عشر من الإبل ، وفي كل أنملة منها ثلث عقلها إلا الإبهام فإنها مفصلان ففي كل مفصل منها خمس من الإبل)** .

هذا قول أكثر أهل العلم منهم عمر وعلي وابن عباس ، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه ومالك والشافعي وأصحاب الحديث ، ولا نعلم فيه مخالفاً إلا رواية عن عمر أنه قضى في الإبهام بثلاث عشرة وفي التي تليها باثنتي عشرة وفي الوسطى بعشر وفي التي تليها بتسع وفي الخنصر بست ، وروي عنه أنه لما أخبر بكتاب كتبه النبي عليه السلام لآل حزم : «وفي كل إصبع مما هنالك عشر من الإبل»[1] أخذ به وترك قوله الأول .

ولنا ما روى ابن عباس قال : قال رسول الله ﷺ : «ديةُ أصابعِ اليدينِ والرجلينِ عشرٌ من الإبلِ لكلِّ إصبع»[2] أخرجه الترمذي . وقال : حديث حسن صحيح .

ورواه أبو داود عن أبي موسى عن النبي ﷺ[3] .

وعن ابن عباس قال : قال رسول الله ﷺ : «هذهِ وهذهِ سواءٌ يعني الإبهامَ والخنصَر»[4] أخرجه البخاري وأبو داود .

---

(١) ر. تخريج حديث عمرو بن حزم ص: ٢٥٩.
(٢) أخرجه الترمذي في جامعه (١٣٩١) ٤: ١٣ كتاب الديات، باب ما جاء في دية الأصابع.
(٣) أخرجه أبو داود في سننه (٤٥٥٦-٤٥٥٧) ٤: ١٨٧-١٨٨ كتاب الديات، باب ديات الأعضاء.
(٤) أخرجه البخاري في صحيحه (٦٥٠٠) ٦: ٢٥٢٦ كتاب الديات، باب دية الأصابع.
وأخرجه أبو داود في سننه (٤٥٥٨) ٤: ١٨٨ كتاب الديات، باب ديات الأعضاء.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٣٩٢) ٤: ١٤ كتاب الديات، باب ما جاء في دية الأصابع.
وأخرجه النسائي في سننه (٤٨٤٧) ٨: ٥٦ كتاب القسامة، باب عقل الأصابع.

⇦

وفي كتاب النبي ﷺ لعمرو بن حزم : «وفي كل إصبع من أصابع اليدين والرجلين عشر من الإبل»[1] .

• ولأنه جنس ذو عدد تجب فيه الدية فكان سواء في الدية كالأسنان والأجفان وسائر الأعضاء ودية كل إصبع مقسومة على أناملها وفي كل إصبع ثلاث أنامل إلا الإبهام فإنها أنملتان ففي كل أنملة غير الإبهام ثلث عقل الإبهام ثلاثة أبعرة وثلث ، وفي كل أنملة من الإبهام خمس من الإبل نصف ديتها ، وحكي عن مالك أنه قال : الإبهام أيضاً ثلاث أنامل إحداها باطنه وليس هذا بصحيح فإن الاعتبار بالظاهر فإن قوله عليه السلام : «في كل إصبع عشر من الإبل»[2] يقتضي وجوب العشر في الظاهر ؛ لأنها هي الإصبع التي يقع عليها الاسم دون ما بطن منها كما أن السن التي علق يتعلق بها وجوب ديتها هي الظاهرة من حلم اللثة دون سنخها ، والحكم في أصابع اليدين والرجلين سواء ؛ لعموم الخبر فيهما وحصول الاتفاق عليهما .

مسألة : **(وفي البطن إذا ضرب فلم يستمسك الغائط الدية وفي المثانة إذا لم يستمسك البول الدية)** .

وبهذا قال ابن جريج وأبو حنيفة وأبو ثور ولا أعلم فيه مخالفاً إلا أن ابن أبي موسى ذكر في المثانة رواية أخرى أن فيها ثلث الدية والصحيح الأول ؛ لأن كل واحد من هذين المحلين عضو فيه منفعة كبيرة ليس في البدن مثله فوجب في تفويت منفعته دية كاملة كسائر الأعضاء المذكورة فإن نفع المثانة حبس البول وحبس البطن الغائط منفعة مثلها والنفع بهما كثير والضرر بفواتهما عظيم فكان في كل واحد منهما الدية كالسمع والبصر وإن فاتت المنفعتان بجناية واحدة وجب على الجاني ديتان كما لو ذهب سمعه وبصره بجناية واحدة .

مسألة : **(وفي ذهاب العقل الدية)** .

⇨

وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٦٥٢) ٢: ٨٨٥ كتاب الديات، باب دية الأصابع.

(١) ر. تخريج حديث عمرو بن حزم ص: ٢٥٩.

(٢) سبق قريبا.

لا نعلم في هذا خلافاً ، روي ذلك عن عمر وزيد وإليه ذهب من بلغنا قوله من الفقهاء ، وفي كتاب النبي ﷺ لعمرو بن حزم : «وفي العقل الدية»[(١)] .

ولأنه أكبر المعاني قدراً وأعظم الحواس نفعاً فإن به يتميز من البهيمة ويعرف به حقائق المعلومات ويهتدي إلى مصالحه ويتقي ما يضره ويدخل به في التكليف وهو شرط في ثبوت الولايات وصحة التصرفات وأداء العبادات فكان بإيجاب الدية أحق من بقية الحواس فإن نقص عقله نقصاً معلوماً مثل إن صار يجن يوماً ويفيق يوماً فعليه من الدية بقدر ذلك ؛ لأن ما وجب فيه الدية وجب بعضها في بعضه بقدره كالأصابع وإن لم يعلم مثل إن صار مدهوشاً أو يفزع مما لا يفزع منه ويستوحش إذا خلا فهذا لا يمكن تقديره فتجب فيه حكومة .

مسألة : **(وفي الصَّعَر الدية . والصَّعَرُ : أن يضربه فيصير الوجه في جانب)** .

الصعر : داء يأخذ البعير في عنقه فيلتوي له عنقه ، ومنه قوله تعالى : ﴿ولا تُصَعِّر خدك للناس﴾ [لقمان :١٨] أي : لا تعرض عنهم بوجهك تكبراً كإمالة وجه البعير الذي به الصَّعَر . فمن جنى على إنسان جناية فعوّج عنقه حتى صار وجهه في جانب فعليه دية كاملة . روي هذا عن زيد .

وقال الشافعي : ليس فيه إلا حكومة ؛ لأنه إذهاب جمال من غير منفعة .

ولنا ما روى مكحول عن زيد بن ثابت أنه قال : «وفي الصَّعر الدية»[(٢)] . ولم يعرف له في الصحابة مخالف فكان إجماعاً .

ولأنه أذهب الجمال والمنفعة . فوجبت فيه دية كاملة ؛ كسائر المنافع .

وقوله : لم يذهب بمنفعته غير صحيح فإنه لا يقدر على النظر أمامه واتقاء ما يحذره إذا مشى وإذا نابه أمر أو دهمه عدو ولم يمكنه العلم به ولا اتقاؤه ولا يمكنه لي عنقه ليعرف ما يريده نظره ويتعرف ما ينفعه مما يضره .

---

(١) لم ترد هذه اللفظة في كتاب عمرو بن حزم . وقد ذكرها البيهقي في السنن الكبرى عن معاذ بن جبل مرفوعاً بلفظ: «وفي العقل مائة من الإبل» ٨: ٨٦ كتاب الديات، باب ذهاب العقل من الجناية. وقال : وروينا عن عمر ، وزيد بن ثابت مثله.

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٢٦٨٩٨) ٥: ٣٦٠ كتاب الديات، إذا أصابه صعر ما فيه؟ وأخرجه عبدالرزاق في مصنفه (١٧٥٦٥) ٩: ٣٥٩ كتاب العقول ، باب الصعر.

مسألة : **(وفي اليد الشلاء ثلث ديتها ، وكذلك العين القائمة ، والسن السوداء)** .

* اليد الشلاء التي ذهب منها منفعة البطش والعين القائمة التي ذهب بصرها وصورتها باقية كصورة الصحيحة واختلفت الرواية عن أحمد فيهما وفي السن السوداء فعنه في كل واحدة ثلث ديتها روي هذا عن عمر ومجاهد وبه قال إسحاق ، والرواية الثانية : في كل واحدة حكومة وهذا قول أبي حنيفة ومالك والشافعي ؛ لأنه لا يمكن إيجاب دية كاملة لكونها قد ذهبت منفعتها ولا تقدير فيها فتجب الحكومة فيها كاليد الزائدة .

ولنا ما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : «قضى رسول الله ﷺ في العينِ القائمةِ السَّادة لمكانِها بُثلُثِ الدية ، وفي اليد الشلاء إذا قطعت ثلث ديتها ، وفي السن السوداء إذا قلعت ثلث ديتها»[1] رواه النسائي وأخرجه أبو داود في العين وحدها مختصراً .

وقول عمر رواه قتادة عن خِلاس عن عبدالله بن بريدة عن يحيى بن يعمر عن ابن عباس «أن عمر قضى في العين القائمة إذا خَسَفَت ، واليد الشلاء إذا قُطِعَت ، والسن السوداء إذا كُسِرَت ، ثلث دية كل واحدة منهن»[2] .

ولأنها كاملة الصورة فكان فيها مقدر كالصحيحة ، وقولهم لا يمكن إيجاب مقدر ممنوع فإنا قد ذكرنا التقدير وبيناه .

مسألة : **(وفي حشفة الذكر ما في الذكر كله)** .

وذلك لأن الجمال والمنفعة بها فهي من الذكر كالأصابع من اليد .

مسألة : **(وفي إسكتي المرأة الدية)** .

الاسكتان هما اللحم المحيط بالفرج من جانبيه إحاطة الشفتين بالفم ، وأهل اللغة يقولون : الشفران حاشيتا الاسكتين كما أن أشفار العين أهدابها وفيهما دية

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٤٥٦٧) ٤: ١٩٠ كتاب الديات، باب ديات الأعضاء.
وأخرجه النسائي في سننه (٤٨٤٠) ٨: ٥٥ كتاب القسامة، العين العوراء السادة لمكانها إذا طمست.

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٨: ٩٨ كتاب الديات ، باب ما جاء في العين القائمة واليد الشلاء.
وأخرجه عبدالرزاق في مصنفه (١٧٤٤٢) ٩: ٣٣٤ كتاب العقول ، باب العين القائمة.

المرأة إذا قطعا ، وبهذا قال الشافعي وقاله الثوري إذا لم يقدر على جماعها وقضى به محمد بن سفيان إذا بلغ العظم ؛ لأن فيهما جمالاً ومنفعة وليس في البدن غيرهما من جنسهما فوجبت فيهما الدية كسائر ما فيه منه شيئان وفي إحداهما نصف الدية كما ذكرنا في غيرهما وإن جنى عليهما فأشلهما وجبت ديتهما كما لو جنى على شفتيه فأشلهما . ولا فرق بين كونهما غليظتين أو دقيقتين قصيرتين أو طويلتين من بكر أو ثيب صغيرة أو كبيرة مخفوضة أو غير مخفوضة ؛ لأنهما عضوان فيهما الدية فاستوى فيه جميع ما ذكرنا كسائر أعضائها .

ولا فرق بين الرتقاء وغيرها ؛ لأن الرتق عيب في غيرهما فلم ينقص ديتهما كما أن الصمم لم ينقص دية الأذنين والخفض هو الختان في حق المرأة .

مسألة : **(وفي موضحة الحر خمس من الإبل سواء كان من رجل أو امرأة والموضحة في الرأس والوجه سواء وهي التي تبرز العظم)** .

هذا من شجاج الرأس أو الوجه وليس في الشجاج ما فيه قصاص سواها ولا يجب المقدر في أقل منها وهي التي تصل إلى العظم . سميت موضحة ؛ لأنها أبدت وضح العظم وهو بياضه وأجمع أهل العلم على أن أرشها مقدر . قاله ابن المنذر ، وفي كتاب النبي ﷺ لعمرو بن حزم : «وفي الموضِحَةِ خمسٌ من الإبل»[1] .

وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ أنه قال : «في المواضح خمسٌ خمس»[2] . رواه الخمسة .

وقول الخرقي في موضحة الحر : يحترز به من موضحة العبد وقوله سواء كان من رجل أو امرأة يعني أنهما لا يختلفان في أرش الموضحة ؛ لأنها دون ثلث الدية

---

(١) سبق تخريج حديث عمرو بن حزم ص: ٢٥٩.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٤٥٦٦) ٤: ١٩٠ كتاب الديات، باب ديات الأعضاء. بلفظ : عن عمرو بن شعيب أن أباه أخبره عن عبدالله بن عمرو أن رسول الله ﷺ قال : «في المواضح خمس».
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٣٩٠) ٤: ١٣ كتاب الديات، باب ماجاء في الموضحة.
وأخرجه النسائي في سننه (٤٨٥٢) ٨: ٥٦ كتاب القسامة، المواضح. عن عمرو بن شعيب أن أباه حدثه عن عبدالله بن عمرو.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٦٥٥) ٢: ٨٨٦ كتاب الديات، باب الموضحة.
وأخرجه أحمد في مسنده (٦٧٧٢) ٢: ١٨٩.

وهما يستويان فيما دون الثلث ويختلفان فيما زاد على الثلث ، وأكثر أهل العلم على أن الموضحة في الرأس والوجه سواء روي ذلك عن أبي بكر وعمر وبه قال أبو حنيفة والشافعي وذكر القاضي عن أحمد أن في موضحة الوجه عشر من الإبل ؛ لأن شينها أفحش ويحصل . . .[1] لعدم الساتر لها وموضحة الرأس يسترها الشعر والعمامة .

والأول أصح ؛ لعموم الأحاديث ، وقول أبي بكر وعمر : الموضحة في الرأس والوجه سواء .

ولأنها موضحة فكان أرشها خمساً من الإبل كغيرها مما سلموه ، ولا عبرة بكثرة الشين بدليل التسوية بين الصغيرة والكبيرة ، وقد روي عن أحمد أنه قال : موضحة الوجه أحرى أن يزاد في ديتها وليس معنى هذا أنه يجب فيها أكثر وإنما معناه أنها أولى بإيجاب الدية فإنها إذا وجبت في موضحة الرأس مع قلة شينها واستتارها بالشعر وغطاء الرأس خمس من الإبل فلأن يجب ذلك في الوجه الظاهر الذي هو مجمع المحاسن وعنوان الجمال أولى ، وحمل كلام أحمد على هذا أولى من حمله على ما يخالف الخبر والأثر وقول أكثر أهل العلم ، ومصيره إلى التقدير بغير توقيف ولا قياس صحيح .

فصل

ويجب أرش الموضحة في الصغيرة والكبيرة والبارزة والمستورة بالشعر ؛ لأن اسم الموضحة يشمل الجميع ، وحد الموضحة ما أفضى إلى العظم ولو بقدر إبرة ذكره ابن القاسم والقاضي ، فإن شجه في رأسه شجة بعضها موضحة وبعضها دون الموضحة لم يلزمه أكثر من أرش موضحة ؛ لأنه لو أوضح الجميع لم يلزمه أكثر من أرش موضحة فلأن لا يلزمه في الإيضاح في البعض أكثر من ذلك أولى ، وهكذا لو شجه شجة بعضها هاشمة وباقيها دونها لم يلزمه أكثر من أرش[2] هاشمة

(١) هنا كلمة غير واضحة في مصورة الأصل .

(٢) زيادة من المغني ٩: ٦٤٢.

وإن كانت منقلة وما دونها أو مأمومة وما دونها فعليه أرش منقلة أو مأمومة لما ذكرنا.

مسألة: **(وفي الهاشمة عشر من الإبل وهي التي توضح العظم وتهشمه)**.

الهاشمة هي التي تتجاوز الموضحة فتهشم العظم، سميت هاشمة؛ لهشمها العظم ولم يبلغنا عن النبي ﷺ فيها تقدير، وأكثر من بلغنا قوله من أهل العلم على أن أرشها مقدر بعشر من الإبل. روى ذلك قبيصة بن ذؤيب عن زيد بن ثابت، وبه قال الشافعي، وكان الحسن لا يوقت فيها شيئاً. قال ابن المنذر: النظر يدل على قول الحسن إذ لا سنة فيها ولا إجماع.

ولأنه لم ينقل عن النبي ﷺ فيها تقدير فوجبت فيها الحكومة كما دون الموضحة.

ولنا قول زيد ومثل ذلك الظاهر أنه توقيف.

ولأنه لم يعرف له مخالفاً في عصره فكان إجماعاً.

ولأنها شجة فوق الموضحة تختص باسم فكان فيها مقدر كالمأمومة.

والهاشمة في الرأس والوجه الخاصة على ما ذكرنا في الموضحة.

مسألة: **(وفي المنقلة خمس عشرة من الإبل وهي التي توضح وتهشم وتسطو حتى تنقل عظامها)**.

المنقلة زائدة على الهاشمة وهي التي تكسر العظام وتزيلها عن مواضعها فتحتاج إلى نقل العظم ليلتأم وفيها خمس عشرة من الإبل بإجماع من أهل العلم حكاه ابن المنذر، وفي كتاب النبي ﷺ لعمرو بن حزم: «وفي المنقّلَةِ خمسَ عشرةَ[1] من الإبل»[2] وفي تفصيلها ما في تفصيل الموضحة والهاشمة على ما مضى.

مسألة: **(وفي المأمومة ثلث الدية وهي التي تصل إلى جلدة الدماغ، وفي الآمة مثل [ما في][3] المأمومة)**.

(١) في الأصل: عشر. وما أثبتناه من السنن.

(٢) سبق تخريج حديث عمرو بن حزم ص: ٢٥٩.

(٣) زيادة من المغني ٩: ٦٤٦.

المأمومة والآمة شيء واحد . قال ابن عبد البر : أهل العراق يقولون لها الآمة وأهل الحجاز المأمومة وهي الجراحة الواصلة إلى أم الدماغ وهي جلدة فيها الدماغ . سميت أم الدماغ ؛ لأنها تحوطه وتجمعه فإذا وصلت الجراحة إليها سميت آمة ومأمومة يقال : أم الرجل آمة ومأمومة وأرشها ثلث الدية في قول أكثر أهل العلم ؛ لقول النبي ﷺ في كتاب عمرو بن حزم : «وفي المأمومةِ ثلثُ الدية»[1] .

وعن ابن عمر عن النبي ﷺ مثل ذلك . وروي نحوه عن علي .

ولأنها شجة فلم يختلف أرشها بالعمد والخطأ في المقدار كسائر الشجاج .

وإن خرق جلدة الدماغ فهي الدامغة وفيها ما في المأمومة . قال القاضي : لم يذكر أصحابنا الدامغة لمساواتها المأمومة في أرشها وقيل فيها مع ذلك حكومة لخرق جلدة الدماغ ويحتمل أنهم تركوا ذكرها لكونها لا يسلم صاحبها في الغالب .

مسألة : **(وفي الجائفة ثلث الدية وهي التي تصل إلى الجوف)** .

وهذا قول أكثر أهل العلم منهم أهل المدينة وأهل الكوفة وأهل الحديث وأبو حنيفة وأصحابه ؛ لقول النبي ﷺ في كتاب عمرو بن حزم : «وفي الجائِفَةِ ثُلُثُ الدية»[2] ، وعن ابن عمر عن النبي ﷺ مثل ذلك .

ولأنها جراحة فيها مقدر فلم يختلف قدر أرشها بالعمد والخطأ كالموضحة ولا نعلم في جراح البدن الخالية عن قطع الأعضاء وكسر العظام مقدراً غير الجائفة . والجائفة : ما وصل إلى الجوف من بطن أو ظهر أو صدر أو ثغرة نحر أو ورك أو غيره .

وأما إن خرق شدقه فوصل إلى باطن الفم فليس بجائفة ؛ لأن داخل الفم حكمه حكم الظاهر لا حكم الباطن .

مسألة : **(وإن جرحه في جوفه فخرج من الجانب الآخر فهما[3] جائفتان)** .

---

(١) سبق تخريج حديث عمرو بن حزم ص: ٢٥٩.
(٢) مثل السابق.
(٣) في الأصل: فهي. وما أثبتناه من المغني ٩: ٦٥٠.

هذا قول أكثر أهل العلم منهم أبو حنيفة وأصحابه ومالك والشافعي .

وقال ابن عبدالبر : لا أعلمهم يختلفون في ذلك ، وحكي عن بعض أصحاب الشافعي أنه قال : هي جائفة واحدة ، وحكي أيضاً عن أبي حنيفة ؛ لأن الجائفة هي التي تنفذ من ظاهر البدن إلى الجوف وهذه الثانية إنما نفذت من الباطن إلى الظهر .

ولنا ما روى سعيد بن المسيب «أن رجلاً رمى رجلاً بسهمٍ فأنفذَه . فقضَى أبو بكر بثُلُثي الدية»[1] ، ولا مخالف له فيكون إجماعاً ، أخرجه سعيد بن منصور في سننه .

وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده «أن عُمر قضى في الجائفةِ إذا نفذَت الجوف بأرشِ جائفتين» .

ولأنه أنفذه من موضعين . فكان جائفتين ؛ كما لو أنفذه بضربتين .

وما ذكروه غير صحيح فإن الاعتبار بوصول الجرح إلى الجوف لا بكيفية إيصاله إذ لا أثر لصورة الفعل مع التساوي في المعنى .

ولأن ما ذكروه من الكيفية ليس بمذكور في خبر وإنما العادة والغالب وقوع الجائفة هكذا فلا يعتبر كما أن العادة والغالب حصولها بالحديد ، ولو حصلت بغيره لكانت جائفة ثم ينتقض ما ذكروه بما لو أدخل يده في جائفة إنسان فخرق بطنه من موضع آخر فإنه يلزمه أرش جائفة بغير خلاف نعلمه .

مسألة : **(ومن وطئ زوجته وهي صغيرة ففَتَقَها لزمه ثلث الدية)** .

معنى الفتق خرق ما بين مسلك البول والمني ، وقيل : معناه خرق ما بين القبل والدبر إلا أن هذا بعيد ؛ لأنه يبعد أن يذهب بالوطء ما بينهما من الحاجز فإنه حاجز غليظ قوي والكلام في هذه المسألة في حكمين :

أحدهما : في أصل وجوب الضمان .

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٨: ٨٥ كتاب الديات، باب الجائفة.

والثاني : في قدره . أما الأول فإن الضمان إنما يجب بوطء الصغيرة أو النحيفة التي لا تحتمل الوطء دون الكبيرة المحتملة ، وبهذا قال أبو حنيفة . وقال الشافعي : يجب الضمان في الجميع ؛ لأنه جناية فيجب الضمان به كما لو كان في أجنبية .

ولنا أنه وطء مستحق فلم يجب ضمان ما تلف به كالبكارة .

ولأنه فعل مأذون فيه ممن يصح إذنه فلم يضمن ما تلف بسرايته كما لو أذنت في مداواتها بما يفضي إلى ذلك وكقطع السارق أو استيفاء القصاص وعكسه الصغيرة والمكرهة على الزنا .

إذا ثبت هذا فإنه يلزمه المهر المسمى في النكاح مع أرش الجناية ويكون أرش الجناية في ماله إن كان عمداً محضاً وهو يعلم أنها لا تطيقه وأن وطأه يفضيها ، وأما إن لم يعلم ذلك وكان مما يحتمل أن لا يفضي إليه فهو عمد الخطأ فيكون على عاقلته إلا على قول من قال أن العاقلة لا تحمل عمد الخطأ فإنه يكون في ماله .

الحكم الثاني : في قدر الواجب وهو ثلث الدية وبهذا قال قتادة وأبو حنيفة . وقال الشافعي : تجب الدية كاملة ، روي ذلك عن عمر بن عبدالعزيز ؛ لأنه أتلف منفعة الوطء فلزمته الدية كما لو قطع إسكتيها .

ولنا ما روي عن عمر بن الخطاب «أنه قضى في الإفضاء بثلث الدية»[1] ولم نعرف له في الصحابة مخالفاً .

ولأن هذه جناية تخرق الحاجز بين مسلك البول والذكر . فكان موجبها ثلث الدية كالجائفة . ولا نسلم أنها تمنع الوطء ، وأما قطع الاسكتين فإنما أوجب الدية ؛ لأنه قطع عضوين فيهما نفع وجمال فأشبه قطع الشفتين .

وإن اندمل الحاجز وانسد وزال الإفضاء لم يجب ثلث الدية ووجبت حكومة لجبر ما حصل من النقص .

مسألة : **(وفي الضلع بعير ، وفي التَّرْقُوَة بعيران)** .

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٢٧٨٨٧) ٥: ٤٥٠ كتاب الديات، الرجل يستكره المرأة فيفضيها.

ظاهر هذا أن في كل ترقوة بعيرين فيكون في الترقوتين أربعة أبعرة وهذا قول زيد بن ثابت ، والترقوة : العظم المستدير حول العنق من النحر إلى الكتف . ولكل واحد ترقوتان ففيهما أربعة أبعرة في ظاهر قول الخرقي .

وقال القاضي : المراد بقول الخرقي الترقوتان معاً ، وإنما اكتفى بلفظ الواحد لإدخال الألف واللام المقتضية للاستغراق ، فيكون في كل ترقوة بعير . وهذا قول عمر بن الخطاب ، وبه قال السعيدان وإسحاق ، وهو قول للشافعي .

مسألة : (**وفي الزَّنْد أربعة أبعرة ؛ لأنه عظمان**) .

قال القاضي : يعني به الزندين فيهما أربعة أبعرة ؛ لأن فيهما أربعة عظام ففي كل عظم بعير وهذا يروى عن عمر بن الخطاب ؛ لما روى سعيد في سننه بإسناده عن عمرو بن شعيب «أن عمرو بن العاص كتب إلى عمر في أحد الزندين إذا كسر . فكتب إليه عمر : إن فيه بعيرين ، وإذا كسر الزندين ففيهما أربعة من الإبل»[1] . ورواه أيضاً من طريق آخر مثل ذلك .

وهذا لم يظهر له مخالف في الصحابة فكان إجماعاً .

فصل

ولا مقدر في غير هذه العظام في ظاهر كلام الخرقي وهو قول أكثر أهل العلم .

وقال القاضي : في عظم الساق بعيران ، وفي الساقين أربعة أبعرة ، وفي عظم الفخذ بعيران ، وفي الفخذين أربعة فهذه تسعة عظام فيها مقدر الضلع والترقوتان والزندان والساقان والفخذان وما عداها لا مقدر فيه .

وقال ابن عقيل وأبو الخطاب وجماعة من أصحاب القاضي : في كل واحد من الذراع والعضد بعيران وزاد أبو الخطاب : عظم القدم ؛ لما روى سليمان بن يسار «أن عمر قضى في الذراع والعضد والفخذ والساق والزند إذا كُسر واحد

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٢٧٧٧٠) ٥: ٤٣٦ كتاب الديات، الزند يكسر. عن نافع بن عبد الحارث. مختصر.

منها فجبر، ولم يكن به دُحُور -يعني عِوَجاً- بعير، وإن كان فيها دُحُور فبحساب ذلك»[1] وهذا الخبر إن صح فهو مخالف لما ذهبوا إليه فلا يصلح دليلاً عليه والصحيح أنه لا تقدير في غير الخمسة الضلع والترقوتين والزندين؛ لأن التقدير إنما يثبت بالتوقيف ومقتضى الدليل وجوب الحكومة في هذه العظام الباطنة كلها وإنما خالفناه في هذه العظام لقضاء عمر ففيما عداها يبقى على مقتضى الدليل وما عدا هذه العظام كعظم الظهر وغيره ففيه الحكومة ولا نعلم فيها مخالفاً، وإن خالف فيها مخالف فهو قول شاذ ولا يستند إلى دليل يعتمد عليه ولا يصار إليه.

مسألة: قال أبو عبدالله رضي الله عنه: (**والشجاج الذي لا توقيت فيها فأولها الحارصة وهي التي تحرص الجلد**).

يعني: تشقه قليلاً وقال بعضهم: هي الحارصة، ثم الباضعة وهي التي تشق اللحم بعد الجلد، ثم البازلة وهي التي يسيل منها الدم، ثم المتلاحمة وهي التي أخذت في اللحم، ثم السِّمْحاق وهي التي بينها وبين العظم قشرة رقيقة، ثم الموضحة.

هكذا وقع في النسخ التي وصلت إلينا: الحارصة ثم الباضعة ثم البازلة ولعله من غلط الكاتب والصواب: الحارصة ثم البازلة ثم الباضعة كذا رتبها سائر من علمنا قوله من أهل العلم.

ولأن الباضعة التي تشق اللحم بعد الجلد فلا يمكن وجودها قبل البازلة التي يسيل منها الدم وتسمى الدامعة؛ لقلة سيلان دمعها تشبيهاً لها بخروج الدمع من العين والتي تشق اللحم بعد الجلد يسيل منها دم كثير في الغالب فكيف يصح جعلها سابقة على ما لا يسيل منها إلا دم يسير كدمع العين؟ ويدل على صحة ما ذكرناه أن زيد بن ثابت جعل في البازلة بعيراً وفي الباضعة بعيرين، وقول الخرقي والشجاج يعني جراح الرأس والوجه فإنه يسمى شجاجاً خاصة دون جراح سائر

---

(١) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه ٩: ٣٨٩-٣٩٠ كتاب العقول، باب كسر اليد والرجل.

البدن والشجاج المسماة عشر خمس منها أرشها مقدر وقد ذكرناها وخمس لا توقيت فيها . قال الأصمعي : أولها : الحارصة وهي التي تشق الجلد قليلاً يعني تقشر شيئاً يسيراً من الجلد لا يظهر منه دم ومنه حرص القصار الثوب إذا شقه قليلاً ، ثم البازلة : وهي التي ينزل منها الدم أي : يسيل وتسمى الدامية أيضاً والدامعة ، ثم الباضعة : وهي التي تشق اللحم بعد الجلد ، ثم المتلاحمة : وهي التي أخذت في اللحم يعني دخلت فيه دخولاً كثيراً يزيد على الباضعة ولم تبلغ السِّمْحاق ، ثم السِّمْحاق وهي التي تصل إلى قشرة رقيقة فوق العظم تسمى تلك القشرة سمحاقاً ، وسميت الجراح الواصلة إليها بها ويسميها أهل المدينة الملطا والملطاة وهي التي[1] تأخذ اللحم كله حتى تخلص منه ، ثم الموضحة وهي التي تقشر تلك الجلدة وتبدي وضح العظم أي : بياضه وهي أول الشجاج المؤقتة وما قبلها من الشجاج الخمس فلا توقيت فيها في الصحيح من المذهب وهو قول أكثر الفقهاء وبه قال أبو حنيفة وأصحابه ومالك والشافعي . وعن أحمد أن في الدامية : بعيراً ، وفي الباضعة : بعيرين ، وفي المتلاحمة : ثلاثة أبعرة ، وفي السمحاق : أربعة أبعرة ؛ لأن ذلك يروى عن زيد بن ثابت .

والصحيح الأول ؛ لأنها جراحات لم يرد فيها توقيت في الشرع . فكان الواجب فيها حكومة ؛ كجراحات البدن .

وروي عن مكحول قال : «قضى النبي ﷺ في الموضحة بخمس من الإبل ولم يقض فيما دونها»[2] .

ولأنه لم يثبت فيها مقدر بتوقيف ولا له قياس يصح . فوجب الرجوع إلى الحكومة ؛ كالحارصة .

وذكر القاضي أنه متى أمكن اعتبار هذه الجراحات من الموضحة مثل أن يكون في رأس المجني عليه موضحة إلى جانبها قدرت هذه الجراحة منها ، فإن كانت بقدر النصف وجب نصف أرش الموضحة وإن كان بقدر الثلث وجب

---

(١) زيادة من المغني ٩: ٦٥٨.

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٨: ٨٢ كتاب الديات ، باب المنقلة.

ثلث الأرش وعلى هذا إلا أن تزيد الحكومة على قدر ذلك فتوجب ما تخرجه الحكومة ، فإذا كانت الجراحة قدر نصف الموضحة وشينها ينقص قدر ثلثيها أوجبنا ثلثي أرش الموضحة ، وإن نقصت الحكومة أقل من النصف أوجبنا النصف فنوجب للأكثر ما تخرجه الحكومة أو قدرها من الموضحة ؛ لأنه اجتمع سببان موجبان الشين وقدرها من الموضحة فوجب بها أكثرهما لوجود سببه ، والدليل على إيجاب المقدار أن هذا اللحم فيه مقدر فكان في بعضه بمقداره من ديته كالمارن والحشفة والشفة والجفن وهذا مذهب الشافعي وهذا لا نعلمه مذهباً لأحمد ولا يقتضيه مذهبه ولا يصح ؛ لأن هذه جراحة تجب فيها الحكومة فلا يجب فيها مقدر كجراحات البدن ولا يصح قياس هذا على ما ذكروه فإنه لا تجب فيه الحكومة ولا نعلم لما ذكروه نظيراً .

مسألة : **(وما لم يكن فيه من الجراح توقيت ولم يكن نظيراً لما وقتت ديته ففيه حكومة)** .

أما الذي فيه توقيت فهو الذي نص النبي ﷺ على أرشه وبين قدر ديته كقوله : « في الأنف الدية ، وفي اللسان الدية »[1] وقد ذكرناه ، وأما نظيره فهو ما كان في معناه ومقيساً عليه كالإليتين والثديين والحاجبين وقد ذكرنا ذلك أيضاً فما لم يكن من الموقت ولا مما يمكن قياسه عليه كالشجاج التي دون الموضحة وجراح البدن سوى الجائفة وقطع الأعضاء وكسر العظام المذكورة فليس فيه إلا الحكومة .

مسألة : **(والحكومة أن يُقوّم المجني[2] عليه كأنه عبد لا جناية به ثم يُقوّم وهي به قد برأت فما نقصته الجناية فله مثله من الدية كان قيمته وهو عبد صحيح عشرة وقيمته وهو عبد به الجناية تسعة فيكون فيه عشر ديته)** .

هذا الذي ذكره الخرقي في تفسير الحكومة قول أهل العلم كلهم لا نعلم بينهم فيه خلافاً وبه قال أبو حنيفة وأصحابه والشافعي وغيرهم . قال ابن المنذر : كل من نحفظ عنه من أهل العلم يرى أن معنى قولهم حكومة أن يقال : إذا أصيب

---

(١) سبق تخريجه ص: ٣١٨.

(٢) زيادة من المغني ٩: ٦٦٠.

الإنسان بجرح لا عقل له معلوم كم قيمة هذا المجروح لو كان عبداً لم يجرح هذا الجرح فإذا قيل مائة دينار قيل وكم قيمته وقد أصابه هذا الجرح وانتهى برؤه؟ قيل خمسة وتسعون فالذي يجب على الجاني نصف عشر الدية وإن قالوا تسعون فعشر الدية ، وإن زاد أو نقص فعلى هذا المثال وإنما كان كذلك ؛ لأن جملته مضمونة بالدية فأجزاؤه مضمونة منها كما أن المبيع [لما كان][1] مضموناً على البائع بالثمن كان أرش عيبه مقدراً من الثمن فيقال : كم قيمته لا عيب فيه؟ فيقال : عشرة فيقال : كم قيمته وفيه العيب؟ فإذا قيل تسعة علم أنه نقص عشر قيمته فيجب أن ترد من الثمن عشره أي قدر كان ونقدره عبداً ليمكن تقويمه ونجعل العبد أصلاً للحر فيما لا مؤقت فيه والحر أصلاً للعبد فيما فيه توقيت .

مسألة : (**وعلى هذا ما زاد من الحكومة أو نقص إلا أن تكون الجناية في رأس أو وجه فيكون أسهل مما وقت فيه فلا يجاوز به[2] أرش الموقت**) .

يعني لو نقصته الجناية أكثر من عشر قيمته لوجب أكثر من عشر ديته إلا إذا شجه دون الموضحة فبلغ أرش الجراح بالحكومة أكثر من أرش الموضحة لم يجب الزائد ، فلو جرحه في وجهه سمحاقاً فنقصته عشر قيمته فمقتضى الحكومة وجوب عشر من الإبل ودية الموضحة خمس فهاهنا يعلم غلط المقوم ؛ لأن الجراحة لو كانت موضحة لم تزد على خمس مع أنها سمحاق وزيادة عليها فلئلا يجب في بعضها زيادة على خمس أولى وهذا قول أكثر أهل العلم وبه قال أبو حنيفة وأصحابه والشافعي ؛ لأنها بعض الموضحة ؛ لأنه لو أوضحه لقطع ما قطعته هذه الجراحة ولا يجوز أن يجب في بعض الشيء أكثر مما يجب فيه .

ولأن الضرر في الموضحة أكثر والشين أعظم والمحل واحد فإذا لم يزد أرش الموضحة على خمس كان ذلك تنبيهاً على أن لا يزيد ما دونها عليها ، وأما سائر البدن فما كان فيه مؤقت كالأعضاء والعظام المعلومة[3] والجائفة فلا يزاد جرح

(١) زيادة من للمغني ٩: ٦٦٠.
(٢) زيادة من المغني ٩: ٦٦١.
(٣) في الأصل: والمعلومة، وما أثبتناه من المغني ٩: ٦٦٢.

عظم على ديته مثاله جرح أنملة فبلغ أرشها بالحكومة خمساً من الإبل فإنـه يـرد إلى دية الأنملة ، وإن جنى عليه في جوفه دون الجائفة لم يـزد علـى أرش الجائفـة ومـا لم يكن كذلك وجب ما أخرجته الحكومة ؛ لأن المحل مختلف . فإن قيل : فقد وجـب في بعض البدن أكثر مما وجب في جميعه ووجب في منافع الاسان أكثر من الواجب فيه .

قلنا : إنما وجبت ديـة النفس عوضـاً عـن الـزوج وليسـت الأطـراف بعضهـا بخلاف مسألتنا ذكر هذا القاضي ، ويحتمل كلام الخرقي أن يختـص امتنـاع الزيـادة بالرأس والوجه لقوله : إلا أن تكـون الجنايـة في رأس أو وجـه فـلا يجـاوز بـه أرش المؤقت .

فصل

وإذا أخرجـت الحكومـة في شـجاج الـرأس الـتي دون الموضحـة قـدر أرش الموضحـة أو زيـادة عليـه فظـاهر كـلام الخرقـي أنـه يجـب أرش الموضحـة . وقـال القاضي : يجب أن تنقص عنها شيئاً علـى حسـب مـا يـؤدي إليـه الاجتهـاد وهـذا مذهب الشافعي لئلا يجب في بعضها ما يجب في جميعهـا ، ووجـه قـول الخرقـي أن مقتضى الدليل وجوب ما أخرجته الحكومة وإنما سقط الزائـد علـى أرش الموضحـة لمخالفته النص أو تنبيه النص ففيما لم يزد يجب البقاء على الأصل .

ولأن ما ثبت بالتنبيه يجوز أن يساوي المنصوص عليـه في الحكـم ولا يـلزم أن يزيد عليه كما أنه لما نص على وجوب فدية الأذى في حق المعذور لم يلزم زيادتهـا في حق من لا عذر له ولا يمتنع أن يجب في البعض ما يجب في الكل بدليل وجـوب دية الأصابع مثل دية اليد كلها وفي حشفة الذكر مثل ما في جميعه ، فـإن قيـل هـذا وجب بالتقدير الشرعي لا بالتقويم ، قلنا : إذا ثبت الحكـم بنـص الشـارع لم يمتنـع ثبوت مثله بالقياس عليه والاجتهاد المؤدي إليه ، وفي الجملـة فالحكومـة دليـل تـرك العمل بها في الزائد لمعنى مفقود في المساوي فيجب العمل فيه بها لعدم المعارض ثـم

وإن صح ما ذكروه فينبغي أن ينقص أدنى ما تحصل به المساواة المحذورة[1] ويجب الباقي عملاً بالدليل الموجب له .

مسألة : **(وإن كانت الجناية على عبد مما ليس فيه شيء مؤقت في الحر ففيه ما نقصه بعد التئام الجرح وإن كان مما جنى عليه شيء مؤقت في الحر فهو مؤقت في العبد ففي يده نصف قيمته وفي موضحته نصف عشر قيمته نقصته الجناية أقل من ذلك أو أكثر وهكذا الأمة)** .

أما الجناية على العبد يجب ضمانها بما نقص من قيمته ؛ لأن الواجب إنما وجبت جبراً لما فات بالجناية ولا ينجبر إلا بإيجاب ما نقص من القيمة فيجب ذلك كما لو كانت الجناية على غيره من الحيوانات وسائر المال ولا يجب زيادة على ذلك ؛ لأن حق المجني عليه قد انجبر فلا يجب له زيادة على ما فوته الجاني عليه هذا هو الأصل ولا نعلم فيه خلافاً فيما ليس فيه مقدر شرعي فإن كان الفائت بالجناية مؤقتاً في الحر كيده وموضحته ففيه عن أحمد روايتان :

إحداهما : أنه فيه أيضاً ما نقصه بالغاً ما بلغ وذكر أبو الخطاب أن هذا اختيار الخلال ، وروى الميموني عن أحمد أنه قال : إنما يأخذ قيمة ما نقص منه على قول ابن عباس وروي هذا عن مالك فيما عدا موضحته ومنقلته وهاشمته وجائفته ؛ لأن ضمانه ضمان الأموال فيجب فيه ما نقص كالبهائم .

ولأن ما ضمن بالقيمة بالغاً ما بلغ ضمن بعضه بما نقص كسائر الأموال .

ولأن مقتضى الدليل ضمان الفائت بما نقص خالفناه فيما وقت في الحر كما خالفناه في ضمان نفسه بالدية المؤقتة ففي العبد يبقى فيهما على مقتضى الدليل .

وظاهر المذهب أن ما كان مؤقتاً في الحر فهو مؤقت في العبد ففي يده أو عينه أو أذنه أو شفته نصف قيمته وفي موضحته نصف عشر قيمته وما أوجب الدية في الحر كالأنف واللسان واليدين والرجلين والعينين والأذنين أوجب قيمة العبد مع بقاء ملك السيد عليه ، روي هذا عن علي وبه قال أبو حنيفة والشافعي . قال

---

(١) في الأصل: المساواة به المحذورة. وما أثبتناه من المغني ٩: ٦٦٣.

أحمد : هذا قول سعيد بن المسيب ، وقال آخرون : ما أصيب به العبد فهو على ما نقص من قيمته ، والظاهر أن هذا لو كان قول علي لما احتج أحمد فيه إلا به دون غيره .

ووجه هذه الرواية قول علي رضي الله عنه ولم نعرف له في الصحابة مخالفاً .

ولأنه آدمي يضمن بالقصاص والكفارة فكان في أطرافه مقدر كالحر .

ولأن أطرافه فيها مقدر من الحر فكان فيها مقدر من العبد كالشجاج الأربع عند مالك وما يوجب في شجاجه مقدر وجب في أطرافه مقدر كالحر .

والأمة مثل العبد في ذلك إلا أنها تشبّه بالحرة وإذا بلغت ثلث قيمتها احتمل أن جنايتها ترد إلى النصف فيكون في ثلاثة أصابع ثلاثة أعشار قيمتها وفي أربعة أصابع خمسها كما أن المرأة تساوي الرجل في الجراح إلى ثلث ديتها فإذا بلغت الثلث ردت إلى النصف ، والأمة امرأة فيكون[1] أرشها من قيمتها كأرش الحرة . ويحتمل أن لا يرد إلى النصف ؛ لأن ذلك في الحرة على خلاف الأصل لكون الأصل زيادة الأرش بزيادة الجناية وأن كل ما زاد نقصها وضررها زاد في ضمانها فإذا خولف هذا في الحرة بقينا في الأمة على وفق الأصل .

مسألة : (**وإن كان المقتول خنثى مشكلاً ففيه نصف دية ذكر ونصف دية أنثى**) .

وهذا قول أبي حنيفة وأصحابه . وقال الشافعي الواجب دية أنثى ؛ لأنها اليقين فلا يجب الزائد بالشك .

ولنا أنه يحتمل الذكورية والأنوثية احتمالاً واحداً وقد يئسنا من انكشاف حاله فيجب التوسط بينهما والعمل بكلا الاحتمالين .

فصل

وأما جراحه فما لم يبلغ ثلث الدية ففيه دية جرح الذكر لاستواء الذكر والأنثى في ذلك وإن زاد على الثلث مثل إن قطع يده ففيه ثلاثة أرباع دية يد

(١) في الأصل: ليكون ، وما أثبتناه من المغني ٩: ٦٦٨.

الذكر سبعة وثلاثون بعيراً ونصف ويقاد به الذكر والأنثى ؛ لأنهما لا يختلفان في القود ويقاد هو بكل واحد منهما .

مسألة : **(وإن كان المجني عليه نصفه حر فلا قود وعلى الجاني إن كان عمداً نصف دية حر ونصف قيمته وهكذا في جراحه وإن كان خطأ فعليه نصف قيمته وعلى عاقلته نصف الدية)** .

يعني لا قود على قاتله إذا كان نصفه حراً ؛ لأنه ناقص بالرق فلم يقتل به الحر كما لو كان كله رقيقاً وإن كان قاتله عبداً قتل به ؛ لأنه أكمل من الجاني وإن كان نصف القاتل حراً وجب القود لتساويهما وإن كانت الحرية في القاتل أكثر لم يجب القود لعدم المساواة بينهما وفي ذلك كله إذا لم يكن القاتل عبداً فعليه نصف دية حر ونصف قيمته إذا كان عمداً ؛ لأن العاقلة لا تحمل العمد وإن كان خطأ ففي ماله ماله نصف قيمته ؛ لأن العاقلة لا تحمل العبد وعلى عاقلته نصف الدية ؛ لأنها دية حر في الخطأ والعاقلة تحمل ذلك . وهكذا الحكم في جراحه إذا كان قدر الدية من أرشها يبلغ ثلث الدية مثل أن يقطع أنفه أو يديه وإن قطع إحدى يديه فعقل جميعها على الجاني في ماله ؛ لأن عليه نصف دية اليد وهو ربع ديته لأجل حرية نصفه وذلك دون ثلث الدية وعليه ربع قيمته . والله أعلم .

باب القسامة

القسامة مصدر أقسم قسماً وقسامة . ومعناه : حلف حلفاً ، والمراد بالقسامة هاهنا : الأيمان المكررة في دعوى القتل .

قال القاضي : هي الأيمان إذا كثرت على وجه المبالغة . قال : وأهل اللغة يذهبون إلى أنها القوم الذين يحلفون . سُموا باسم المصدر ، كما يقال رجل عدل ورضي . وأي الأمرين كان فهو من القسم الذي هو الحلف .

والأصل في القسامة ما روى يحيى بن سعيد الأنصاري عن بشير بن يسار عن سهل بن أبي حثمة ورافع بن خديج «أن مُحيّصة بن مسعود وعبدالله بن سهل انطلقا إلى خيبر . فتفرقا في النخيل وهي يومئذ صلح فقُتل عبدالله بن سهل . فاتهموا اليهود . فجاءَ أخوه عبدالرحمن وابنا عمه حويصةَ ومحيصةَ إلى النبي ﷺ . فتكلم عبدالرحمن في أمر أخيه وهو أصغرُهم . فقال النبي عليه السلام : الكبر الكبر . أو قال : ليبدأ الأكبر . فتكلما في أمر صاحبهما . فقال رسول الله ﷺ : يُقسم خمسونَ منكم على رجلٍ منهم فيدفع إليكم برمّته . فقالوا : أمر لم نشهده كيف نحلف ؟ قال : فتبرئكم يهودُ بأيمان خمسين منهم . قالوا : يا رسول الله قومٌ كفارٌ ضلال . قال : فوداه رسول الله ﷺ من قِبَلِه . قال سهل : فدخلت مربداً لهم فركضتني ناقة من تلك الإبل»[1] متفق عليه .

مسألة : قال أبو القاسم رحمه الله : **(وإذا وجد قتيل فادعى أولياؤه على قوم لا عداوة بينهم ولم يكن لهم بينة لم يحكم لهم بيمين ولا غيرها)** .

هذه المسألة تشتمل على حكمين :

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٦٧٦٩) ٦: ٢٦٣٠ كتاب الأحكام، باب كتاب الحاكم إلى عماله والقاضي إلى أمنائه.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٦٦٩) ٣: ١٢٩٢ كتاب القسامة، باب القسامة.

أحدهما : أنه إذا وجد قتيل في موضع فادعى أولياؤه قتله على رجل أو جماعة ولم يكن لهم بينهم عداوة ولا لوث فهي كسائر الدعاوى إن كانت لهم بينة حكم لهم بها وإلا فالقول قول المنكر وبهذا قال مالك والشافعي وابن المنذر ؛ لحديث عبدا لله بن سهل ، وقول النبي ﷺ : «لو أعطي الناسُ بدعواهُم لادّعى قوم دماءَ قومٍ وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه»[1] رواه أحمد ومسلم .

وقول النبي عليه السلام : «البينة على المدعي واليمين على من أنكر»[2] .

ولأن المدعى عليه الأصل براءة ذمته ولم يظهر كذبه فكان القول قوله .

ولأنه مدعى عليه فلم تلزمه اليمين والغرم كسائر الدعاوى .

الحكم الثاني : أنه إذا ادعى القتل ولم تكن عداوة ولا لوث ففيه عن أحمد روايتان :

إحداهما : لا يحلف المدعى عليه ولا يحكم عليه بشيء ويخلى سبيله هذا الذي ذكره الخرقي هاهنا وسواء كانت الدعاوى خطأً أو عمداً ؛ لأنها دعوى فيما لا يجوز بذله فلم يستحلف فيها كالحدود .

ولأنه لا يقضى في هذه الدعوى بالنكول فلم يستحلف فيها كالحدود .

والثانية : يستحلف وهو الصحيح وهو قول الشافعي لعموم قوله عليه السلام : «اليمين على المدعى عليه»[3] ، وقول النبي ﷺ : «لو يُعطى الناسُ بدعواهُم لادّعى قوم دماءَ رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه»[4] .

ظاهر في إيجاب اليمين هاهنا لوجهين :

أحدهما : عموم اللفظ فيه .

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (١٧١١) ٣: ١٣٣٦ كتاب الأقضية، باب اليمين على المدعى عليه. وأخرجه أحمد في مسنده (٣١٧٨) طبعة إحياء التراث.

(٢) أخرجه الدارقطني في سننه (٥١) ٤: ٢١٧ كتاب في الأقضية والأحكام ، في المرأة تقتل إذا ارتدت.

(٣) سبق قريباً.

(٤) سبق تخريجه ص: ٣٥٠.

والثاني : أن النبي ﷺ ذكره في صدر الخبر بقوله : «لادّعى قوم دماءَ قوم»[1] ثم عقبه بقوله : «ولكن اليمين على المدعى عليه»[2] فيعود إلى المدعى عليه المذكور في الحديث ولا يجوز إخراجه منه إلا بدليل أقوى منه .

ولأنها دعوى في حق لآدمي فيستحلف فيها كدعوى المال .

ولأنها دعوى لو أقر بها لم يقبل رجوعه عنها فتجب اليمين فيها كالأصل المذكور .

إذا ثبت هذا فالمشروع يمين واحدة . وعن أحمد أنه يشرع خمسون يميناً ؛ لأنها دعوى في القتل فكان المشروع فيها خمسين يميناً كما لو كان بينهم لوث ، وللشافعي قولان كالروايتين .

ووجه الرواية الأولى قوله عليه السلام : «ولكن اليمين على المدعى عليه»[3] وهذا ظاهر في أنها يمين واحدة لوجهين :

أحدهما : أنه وحد اليمين فتنصرف إلى واحدة .

والثاني : أنه لم يفرق في اليمين المشروعة فيدل على التسوية بين المشروعة في الدم والمال .

ولأنها يمين يعضدها[4] الظاهر والأصل فلم تغلظ كسائر الأيمان .

ولأنها يمين مشروعة في جنبة المدعى عليه ابتداء فلم تغلظ بالتكرير كسائر الأيمان . وبهذا فارق ما ذكروه ، فإن نكل المدعى عليه عن اليمين لم يجب القصاص بغير خلاف في المذهب ؛ لأن القتل لم يثبت ببينة ولا إقرار و لم يعضده لوث فلم يجب القصاص كما لو لم ينكل .

مسألة : **(وإن كان بينهم عداوة ولَوث ، فادعى أولياؤه على واحد حلف الأولياء على قاتله خمسين يميناً ، واستحقوا دمه إذا كانت الدعوى عمداً)** .

الكلام في هذه المسألة في فصول أربعة :

(١) سبق تخريجه ص: ٣٥٠.
(٢) سبق تخريجه ص: ٣٥٠.
(٣) سبق تخريجه ص: ٣٥٠.
(٤) في الأصل: يقصدها. وما أثبتناه من المغني ١٠: ٦.

الأول : في اللوث المشترط في القسامة واختلفت الرواية عن أحمد فيه فروي عنه أن اللوث هو[1] العداوة الظاهرة بين المقتول والمدعى عليه كنحو ما بين الأنصار ويهود خيبر وما بين القبائل والأحياء وأهل البغي وأهل العدل وما بين الشرطة واللصوص وكل من بينه وبين المقتول ضغن يغلب على الظن أنه قتله ، ولم يذكر القاضي في اللوث غير العداوة إلا أنه قال في الفريقين يقتتلان فينكشفون عن قتيل فاللوث على الطائفة التي القتيل من غيرها سواء كان القتال بالتحام أو مراماة بالسهام وإن لم تبلغ السهام فاللوث على طائفة القتيل .

إذا ثبت هذا فإنه لا يشترط مع العداوة أن لا يكون في الموضع الذي به القتيل غير العدو نص عليه أحمد في رواية مهنا التي ذكرناها وكلام الخرقي يدل عليه أيضاً ، واشترط القاضي أن لا يوجد القتيل في موضع عدو لا يختلط بهم غيرهم ، وهذا مذهب الشافعي ؛ لأن الأنصاري قتل في خيبر ولم يكن فيها إلا اليهود وجميعهم أعداء .

ولأنه متى اختلط بهم غيرهم احتمل أن يكون القاتل ذلك الغير ثم ناقض القاضي قوله فقال في قوم ازدحموا في مضيق فافترقوا عن قتيل : إن كان في القوم من بينه وبينهم عداوة وأمكن أن يكون هو قتله لكونه بقربه فهو لوث فجعل العداوة لوثاً مع وجود غير العدو .

ووجه الأول وهو أصح أن النبي ﷺ لم يسأل الأنصار هل كان بخيبر غير اليهود أم لا مع أن الظاهر وجود غيرهم فيها ؛ لأنها كانت أملاكاً للمسلمين يقصدونها لأخذ غلات أملاكهم منها وعمارتها والاطلاع عليها والامتياز منها ويبعد أن تكون مدينة على جادة تخلو من غير أهلها وقول الأنصار ليس لنا بخيبر عدو إلا يهود يدل على أنه قد كان بها غيرهم ممن ليس بعدو .

ولأن اشتراكهم في العداوة لا يمنع من وجود اللوث في حق واحد وتخصيصه بالدعوى مع مشاركة غيره في احتمال قتله فلأن[2] يمنع ذلك وجود من يبعد منه

---

(١) في الأصل: في، وما أثبتناه من المغني ١٠: ٨.

(٢) في الأصل: فلئلا، وما أثبتناه من المغني ١٠: ٩.

القتل أولى . وما ذكروه من الاحتمال لا ينفي اللوث فإن اللوث لا يشترط فيه يقين القتل من المدعى عليه ولا ينافيه الاحتمال فلو تيقن القتل من المدعى عليه لما احتيج إلى الأيمان ولو اشترط نفي الاحتمال لما صحت الدعوى على واحد من جماعة ؛ لأنه يحتمل أن يكون القاتل غيره ولا على الجماعة كلهم ؛ لأنه يحتمل أن لا يشترك الجميع في قتله .

والرواية الثانية : عن أحمد أن اللوث ما يغلب على الظن صدق المدعي وذلك من وجوه :

أحدها : العداوة المذكورة .

والثاني : أن يتفرق جماعة عن قتيل فيكون ذلك لوثاً في حق كل واحد منهم فإن ادعى الولي على كل واحد فأنكر كونه مع الجماعة فالقول قوله مع يمينه ذكره القاضي وهو مذهب الشافعي ؛ لأن الأصل عدم ذلك إلا أن يثبت ببينة .

الثالث : أن يزدحم الناس في مضيق فيوجد فيهم قتيل فظاهر كلام أحمد أن هذا ليس بلوث فإنه قال فيمن مات في الزحام يوم الجمعة : ديته في بيت المال ، وهذا قول إسحاق ، وروي ذلك عن عمر وعلي فإن سعيداً روى في سننه عن إبراهيم النخعي قال : «قُتل رجل في زحام الناس بعرفة . فجاء أهله إلى عمر . فقال : بيِّنتكم على من قتله . فقال علي : يا أمير المؤمنين! لا يطل دم امرئ مسلم . إن علمت قاتله وإلا فأعط ديته من بيت المال»[1] .

قال أحمد فيمن وجد مقتولاً في المسجد الحرام : ينظر من كان بينه وبينه شيء في حياته يعني : عداوة يؤخذون فلم يجعل الحضور لوثًا وإنما جعل اللوث العداوة .

الرابع : أن يوجد قتيل لا يوجد بقربه إلا رجل معه سيف أو سكين ملطخ بالدم ولا يوجد غيره ممن يغلب على الظن أنه قتله مثل أن يرى رجلاً هارباً يحتمل أنه القاتل أو سبعاً يحتمل ذلك فيه .

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٢٧٨٤٨) ٥: ٤٤٥ كتاب الديات، الرجل يقتل في الزحام. نحوه.
وأخرجه عبد الرزاق في مصنفه (١٨٣١٦) ١٠: ٥١ كتاب العقول ، باب من قتل في زحام. نحوه.

الخامس : أن يقتتل فئتان فيفترقون عن قتيل من إحداهما فاللوث على الأخرى ذكره القاضي فإن كانوا بحيث لا تصل سهام بعضهم بعضاً فاللوث على طائفة القتيل . هذا قول الشافعي .

وروي عن أحمد أن عقل القتيل على الذين نازعوهم فيما إذا اقتتلت الفئتان إلا أن يدعوا على واحد بعينه وهذا قول مالك ، وعن أحمد في قوم اقتتلوا فقتل بعضهم وجرح بعضهم فدية المقتولين على المجروحين فسقط منها دية الجراح وإن كان فيهم من لا جرح فيه فهل عليه من الديات شيء ؟ على وجهين ذكرهما ابن حامد .

السادس : أن يشهد بالقتل عبيد أو نساء فهذا فيه عن أحمد روايتان :

إحداهما : أنه لوث ؛ لأنه يغلب على الظن صدق المدعي في دعواه فأشبه العداوة .

والثانية : ليس بلوث ؛ لأنها شهادة مردودة فلم تكن لوثاً كما لو شهد به كفار ، وإن شهد به فساق أو صبيان فهل يكون لوثاً؟ على وجهين :

أحدهما : ليس بلوث ؛ لأنه لا يتعلق بشهادتهم حكم فلا يثبت بها اللوث كشهادة الأطفال والمجانين .

والثاني : يثبت بها اللوث ؛ لأنها شهادة يغلب على الظن صدق المدعي فأشبه شهادة النساء والعبيد وقول الصبيان معتبر في الإذن في دخول الدار وقبول الهدية ونحوها وهذا مذهب الشافعي ، ويعتبر أن يجيء الصبيان متفرقين لئلا يتطرق إليهم التواطؤ على الكذب فهذه الوجه قد ذكر عن أحمد أنها لوث ؛ لأنها يغلب على الظن صدق المدعي أشبهت العداوة . وروي أن هذا ليس بلوث وهو ظاهر كلامه في الذي قتل في الزحام .

ولأن اللوث إنما يثبت بالعداوة بقضية الأنصاري القتيل بخيبر ولا يجوز القياس عليها ؛ لأن الحكم ثبت بالمظنة ولا يجوز القياس في المظان ؛ لأن الحكم إنما يتعدى بتعدي سببه والقياس في المظان جمع بمجرد الحكمة وغلبة الظنون والحكم والظنون

تختلف ولا تأتلف وتنخبط ولا تنضبط وتختلف باختلاف القرائن والأحوال والأشخاص فلا يمكن ربط الحكم بها ولا تعديته بتعديها .

• ولأنه يعتبر في التعدية والقياس التساوي بين الأصل والفرع في المقتضي ولا سبيل إلى يقين التساوي بين الظنين مع كثرة الاحتمالات وترددها .

فعلى هذه الرواية حكم هذه الصور حكم غيرها مما لا لوث فيه .

فصل

وليس من شرط اللوث أن يكون بالقتيل أثر وبهذا قال مالك والشافعي وعن أحمد أنه شرط وبه قال حماد وأبو حنيفة ؛ لأنه إذا لم يكن به أثر احتمل أنه مات حتف أنفه .

ووجه الأولة أن النبي ﷺ لم يسأل الأنصار هل كان بقتيلهم أثر أو لا .

ولأن القتل يحصل بما لا أثر له كغم الوجه والخنق وعصر الخصيتين وضربة الفؤاد فأشبه من به أثر ومن به أثر قد يموت حتف أنفه لسقطته أو صرعه أو يقتل نفسه فعلى قول من اعتبر الأثر إن خرج الدم من أذنه فهو لوث ؛ لأنه لا يكون إلا بالخنق أو أمر أصيب به ، وإن خرج من أنفه فهل يكون لوثاً ؟ على وجهين .

الفصل الثاني : أن القسامة لا تثبت ما لم يتفق الأولياء على الدعوى فإن كذب بعضهم بعضاً فقال أحدهم : قتله هذا وقال الآخر : لم يقتله هذا أو قال : بل قتله هذا الآخر لم تثبت القسامة نص عليه أحمد وسواء كان المكذب عدلاً أو فاسقاً . وحكي عن الشافعي أن القسامة لا تبطل بتكذيب الفاسق ؛ لأن قوله غير مقبول .

ولنا أنه مقر على نفسه بتبرئة من ادعى عليه أخوه فقتل كما لو ادعى ديناً لهما وإنما لا يقبل قوله على غيره وأما على نفسه فهو كالعدل ؛ لأنه لا يتهم في حقها وأما إن لم يكذبه و لم يوافقه في الدعوى مثل إن قال أحدهما : قتله هذا وقال الآخر : لا نعلم قاتله فظاهر كلام الخرقي أن القسامة لا تثبت لاشتراطه ادعاء الأولياء على واحد وهذا قول مالك وكذلك إن كان أحد الوليين غائباً فادعى

الحاضر دون الغائب أو ادعيا جميعاً على واحد ونكل أحدهما على الأيمان لم يثبت القتل في قياس قول الخرقي ومقتضى قول أبي بكر والقاضي ثبوت القسامة وكذلك مذهب الشافعي ؛ لأن أحدهما لم يكذب الآخر فلم تبطل القسامة كما لو كان أحد الوارثين امرأة أو صغيراً فعلى قولهم يحلف المدعي خمسين يميناً ويستحق نصف الدية ؛ لأن الأيمان هاهنا بمنزلة البينة ولا يثبت شيء من الحق إلا بعد كمال البينة فأشبه ما لو ادعى أحدهما ديناً لأبيهما فإنه لا يستحق نصيبه من الدين إلا أن يقيم بينة كاملة ، وذكر أبو الخطاب فيما إذا كان أحدهما غائباً أن الحاضر فيه وجهان :

أحدهما : أنه يحلف خمساً وعشرين يميناً وهذا قول ابن حامد ؛ لأن الأيمان مقسومة عليه وعلى أخيه بدليل ما لو كانا حاضرين متفقين في الدعوى ولا يحلف الإنسان عن غيره فلا يلزمه أكثر من حصته فإذا حضر الغائب أقسم خمساً وعشرين يميناً وجهاً واحداً ؛ لأنه يبني على أيمان أخيه ، وذكر أبو بكر والقاضي في نظير هذه المسألة أن الأول يحلف خمسين يميناً ، وهل يحلف الثاني خمسين أو خمساً وعشرين ؟ على وجهين :

أحدهما : يحلف خمسين ؛ لأن أخاه لم يستحق إلا بخمسين فكذلك هو .

ووجه الأول أنهما يتفقا في الدعوى فلم تثبت القسامة كما لو كذبه .

ولأن الحق في محل الوفاق إنما يثبت بأيمانهما التي أقيمت مقام البينة ولا يجوز أن يقوم أحدهما مقام الآخر في الأيمان كما في سائر الدعاوى .

فعلى هذا إن قدم الغائب فوافق أخاه أو عاد من لم يعلم فقال : قد عرفته هو الذي عينه أخي أقسما حينئذ .

الفصل الثالث : أن الأولياء إذا ادعوا القتل على من بينه وبين القتيل لوث شرعت اليمين في حق المدعين أولاً فيحلفون خمسين يميناً على المدعى عليه أنه قتله ويثبت حقهم قبله ، فإن لم يحلفوا استحلف المدعى عليه خمسين يميناً وبرئ ، وبهذا قال يحيى بن سعيد وربيعة والليث ومالك والشافعي ؛ لحديث سهل وهو صحيح متفق عليه ، ورواه مالك في موطئه وعمل به .

إذا ثبت هذا فإن أيمان القسامة خمسون مردودة على ما جاءت به الأحاديث الصحيحة وأجمع عليه أهل العلم لا نعلم أحداً خالف فيه .

الفصل الرابع : أن الأولياء إذا حلفوا استحقوا القود إذا كانت الدعوى عمداً إلا أن يمنع منه مانع روي ذلك عن ابن الزبير وعمر بن عبدالعزيز ، وبه قال مالك وأبو ثور وابن المنذر ؛ لقول النبي ﷺ : « يقسم خمسون منكم على رجل منهم فيدفع إليكم برمته »[1] .

وفي رواية مسلم : « فيسلم إليكم » وفي لفظ : « وتستحقون دم صاحبكم » وأراد دم القاتل ؛ لأن دم القتيل ثابت لهم قبل اليمين والرمة الحبل الذي يربط به من عليه القود .

ولأنها حجة يثبت بها العمد فيجب بها القود كالبينة .

وقد روى الأثرم بإسناده عن عامر الأحول « أن النبي ﷺ أقاد بالقسامة بالطائف »[2] وهذا نص .

ولأن الشارع جعل القول قول المدعي مع يمينه احتياطاً للدم وإن لم يجب القود سقط هذا المعنى .

مسألة : (**فإن لم يحلف المدعون حلف المدعى عليه خمسين يميناً وبرئ**) .

هذا ظاهر المذهب وبه قال مالك والشافعي وحكي أبو الخطاب رواية أخرى عن أحمد أنهم يحلفون ويغرمون الدية وهو قول أبي حنيفة وأصحابه ؛ لما روى سليمان بن يسار عن رجال من الأنصار « أن النبي ﷺ قال ليهودَ وبدأ بهم : يحلفُ منكم خمسونَ رجلاً فأَبَوْا . فقال للأنصار : احلفُوا واستحقُّوا[3] . قالوا : نحلفُ على الغيبِ يا رسول الله! فجعلَها رسولُ الله ﷺ على اليهود ؛ لأنه وُجِدَ بين أظهُرِهم »[4] . رواه أبو داود .

---

(١) سبق تخريجه ص: ٣٤٩.

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٨: ١٢٧ كتاب القسامة ، باب ما جاء في القتل بالقسامة.

(٣) في الأصل: فقال للأنصار: استحقوا. وما أثبتناه من السنن.

(٤) أخرجه أبو داود في سننه (٤٥٢٦) ٤: ١٧٩ كتاب الديات، باب في ترك القود بالقسامة.

ولأن عمر حلّف المدعى عليهم وغرمهم دية القتيل و لم يعرف له في الصحابة مخالف فكان إجماعاً .

ووجه الرواية الأولى وهي أصح قول النبي ﷺ : «فتبرئكم يهود بأيمان خمسين منهم»[1] . أي : يتبرؤن منكم .

وفي لفظ قال : «فيحلفون خمسين يمينًا ويبرؤن من دمه»[2] .

وقد ثبت «أن النبي عليه السلام لم يغرم اليهود وأنه أداها من عنده»[3] .

ولأنها أيمان مشروعة في حق المدعى عليه فيبرأ بها كسائر الأيمان .

ولأن ذلك إعطاء بمجرد الدعوى فلم يجز للخبر ومخالفة مقتضى الدليل فإن قول الإنسان لا يقبل على غيره بمجرده كدعوى المال وسائر الحقوق .

ولأن في ذلك جمعاً بين اليمين والغرم فلا يشرع كسائر الحقوق .

مسألة : **(فإن لم يحلف المدّعون ولم يرضوا بيمين المدعى عليه فداه الإمام من بيت المال)** .

يعني أدى ديته لقضية عبدالله بن سهل حين قتل بخيبر فأبى الأنصار أن يحلفوا وقالوا[4] : كيف نقبل أيمان قوم كفار؟ فوداه النبي ﷺ من عنده كراهية أن يطل دمه . فإن تعذر فداؤه من بيت المال لم يجب على المدعى عليهم شيء؛ لأن الذي توجه عليهم اليمين وقد امتنع مستحقوها من استيفائها فلم يجب لهم غيرها كدعوى المال .

مسألة : **(وإذا شهدت البينة العادلة أن المجروح قال : دمي عند فلان فليس ذلك بموجب للقسامة ما لم يكن لوث)** .

هذا قول أكثر أهل العلم منهم الأوزاعي وأبو حنيفة وأصحابه . وقال مالك : هو لوث ؛ لأن قتيل بني إسرائيل قال : قتلني فلان فكان حجة .

---

(١) سبق تخريجه ص: ٣٤٩.

(٢) أخرجه أحمد في مسنده (١٦١٤٠) ٤: ٣.

(٣) سبق تخريجه ص: ٣٤٩.

(٤) في الأصل: وقال، وما أثبتناه من المغني ١٠: ٢٢.

ولنا قول النبي ﷺ : «لو يُعطى الناسُ بدعواهُم لادّعى قوم دماءَ رجال وأموالهم»[1] .

ولأنه يدعي حقاً لنفسه . فلم يقبل قوله كما لو لم يمت .

ولأنه خصم فلم تكن دعواه لوثاً كالولي . وأما قتيل بني إسرائيل فلا حجة فيه فإنه لا قسامة فيه ، وذلك كان من آيات الله ومعجزات نبيه موسى عليه السلام حيث أحياه الله بعد موته وأنطقه بقدرته بما[2] اختلفوا فيه و لم يكن الله لينطقه بالكذب بخلاف الحي ، لا سبيل إلى مثل هذا اليوم ثم ذاك في تنزيهه المتهمين فلا يجوز تعديتها إلى تهمة البريئين .

مسألة : (**والنساء والصبيان لا يقسمون**) .

يعني : إذا كان المستحق نساء وصبياناً لم يقسموا : أما الصبيان فلا خلاف بين أهل العلم أنهم لا يقسمون سواء كانوا من الأولياء أو مدعى عليهم ؛ لأن الأيمان حجة للحالف والصبي لا يثبت بقوله حجة ، ولو أقر على نفسه لم يقبل فلئلا يقبل قوله في حق غيره أولى . وأما النساء فإذا كن من أهل القتيل لم يستحلفن ، وقال مالك : لهن مدخل في قسامة الخطأ دون العمد ، وقال الشافعي : يقسم كل وارث بالغ ؛ لأنها يمين في دعوى فتشرع في حق النساء كسائر الأيمان .

ولنا قول النبي ﷺ : «يقسم خمسون رجلاً منكم وتستحقون دم صاحبكم»[3] .

ولأنها حجة يثبت بها قتل العمد . فلا تسمع من النساء ؛ كالشهادة .

ولأن الجناية المدّعاة التي تجب القسامة عليها هي القتل ولا مدخل للنساء في إثباته ، وإنما يثبت المال ضمناً فجرى ذلك مجرى رجل ادعى زوجية امرأة بعد موتها ليرثها فإن ذلك لا يثبت بشاهد ويمين ، ولا بشهادة رجل وامرأتين وإن كان مقصودها المال ، فأما إن كانت المرأة مدعى عليها القتل فإن قلنا أنه يقسم من

---

(١) سبق تخريجه ص: ٣٥٠.

(٢) في الأصل: ثم ، وما أثبتناه من المغني ١٠: ٢٤.

(٣) سبق تخريجه ص: ٣٥٠.

العصبة رجال لم تقسم المرأة أيضاً ؛ لأن ذلك مختص بالرجال وإن قلنا يقسم المدعى عليه فينبغي أن تستحلف ؛ لأنها لا تثبت بقولها حقاً ولا قتلاً وإنما هي لتبرئتها منه فيشرع في حقها اليمين كما لو لم يكن لوث .

فعلى هذا إذا كان في الأولياء نساء ورجال أقسم الرجال وسقط حكم النساء وإن كان فيهم صبيان ورجال بالغون أو كان فيهم حاضرون وغائبون فقد ذكرنا من قبل أن القسامة لا تثبت حتى يحضر الغائب فكذا لا تثبت حتى يبلغ[1] الصبي ؛ لأن الحق لا يثبت إلا ببينته الكاملة والبينة أيمان الأولياء كلهم والأيمان لا تدخلها النيابة .

ولأن الحق إن كان قصاصاً فلا يمكن تبعيضه فلا فائدة في قسامة الحاضر البالغ وإن كان غيره فلا يثبت إلا بواسطة ثبوت القتل وهو لا يتبعض أيضاً . وقال القاضي : إن كان القتل عمداً لم يقسم الكبير حتى يبلغ الصغير ولا الحاضر حتى يقدم الغائب ؛ لأن حلف الكبير الحاضر لا يفيد شيئاً في الحال وإن كان موجباً للمال كالخطأ وعمد الخطأ فللحاضر المكلف أن يحلف ويستحق قسطه من الدية ، وهذا قول أبي بكر وابن حامد وهو مذهب الشافعي .

مسألة : **(وإذا خلف المقتول ثلاثة بنين جبر الكسر عليهم فحلف كل واحد منهم سبع عشرة يميناً)** .

اختلفت الرواية عن أحمد رضي الله عنه فيمن تجب عليه أيمان القسامة فروي أنه يحلف من العصبة الوارث منهم وغير الوارث خمسون رجلاً لكل واحد منهم يميناً واحدة وهذا قول مالك .

فعلى هذا يحلف الوارث منهم الذين يستحقون دمه فإن لم يبلغوا خمسين تمموا من سائر العصبة يؤخذ الأقرب منهم فالأقرب من قبيلته التي ينتسب إليها ويعرف كيفية نسبه من المقتول وأما من عرف أنه من القبيلة ولم يعرف وجه النسب لم يقسم مثل أن يكون الرجل قرشياً والمقتول قرشي ولا يعرف كيفية نسبه منه فلا

(١) في الأصل: لا يبلغ، وما أثبتناه من المغني ١٠: ٢٥.

يقسم ؛ لأنا نعلم أن الناس كلهم من آدم ونوح وكلهم يرجعون إلى أب واحد ولو قتل من لا يعرف نسبه لم يقسم عنه سائر الناس فإن لم يوجد من نسبه خمسون رددت الأيمان عليهم وقسمت بينهم فإن انكسرت عليهم جبر كسرها عليهم حتى تبلغ خمسين ؛ لقول النبي ﷺ للأنصار : «يحلفُ خمسونَ رجلاً منكم وتستحقون دم صاحبكم»[1] . وقد علم النبي عليه السلام أنه لم يكن لعبد الله بن سهل خمسون رجلاً وارثاً فإنه لا يرثه إلا أخوه أو من هو في درجته أو أقرب منه نسباً .

ولأنه خاطب بهذا بني عمه وهم غير وارثين .

والرواية الثانية : لا يقسم إلا الوارث وتعرض الأيمان على ورثة المقتول دون غيرهم على حسب مواريثهم . هذا ظاهر قول الخرقي واختيار ابن حامد وقول الشافعي ؛ لأنها يمين في دعوى حق فلا تشرع في غير حق المتداعيين كسائر الأيمان .

فعلى هذه الرواية تقسم بين الورثة من الرجال من ذوي الفروض العصبات على قدر إرثهم فإن انقسمت من غير كسر مثل أن يخلف المقتول اثنين أو أخاً وزوجاً حلف كل واحد منهم خمساً وعشرين يميناً ، وإن كانوا ثلاثة بنين أو جداً أو أخوين جبر الكسر عليهم فحلف كل واحد منهم سبع عشرة يميناً ؛ لأن تكميل الخمسين واجب ولا يمكن تبعيض اليمين ولا حمل بعضهم لها عن بعض فوجب تكميل اليمين المنكسرة في حق كل واحد منهم ، وإن خلف أخاً من أب وأخاً من أم فعلى الأخ من الأم سدس الأيمان ثم يجبر الكسر فيكون عليه تسع أيمان وعلى الأخ من الأب اثنتان وأربعون وهذا أحد قولي الشافعي ؛ لأن الخمسين تقسم بينهم ؛ لقول النبي ﷺ للأنصار : «تحلفون خمسين يميناً وتستحقون دم صاحبكم»[2] ، وأكثر ما روي عنه في الأيمان خمسون .

(١) سبق تخريجه ص: ٣٥٠.
(٢) سبق تخريجه ص: ٣٥٠.

مسألة : **(وسواء كان المقتول مسلماً أو كافراً حراً أو عبداً إذا كان المقتول يقتل به المدعى عليه إذا ثبت عليه القتل ؛ لأن القسامة توجب القود إلا أن يحب الأولياء أخذ الدية)** .

أما إذا كان المقتول مسلماً حراً فليس فيه اختلاف سواء كان المدعى عليه مسلماً أو كافراً فإن الأصل في القسامة قصة عبدالله بن سهل حين قتل بخيبر فاتهم اليهود بقتله فأمر النبي ﷺ بالقسامة وأما إن كان المقتول كافراً أو عبداً وكان قاتله ممن يجب عليه القصاص بقتله وهو المماثل له في حاله ففيه القسامة وهذا قول أبي حنيفة وأصحابه والشافعي ؛ لأنه قتل موجب للقصاص فأوجب القسامة كقتل الحر . ويقسم على العبد سيده ؛ لأنه المستحق لدمه . وإن كان القاتل ممن لا قصاص عليه كالمسلم يقتل كافراً أو الحر يقتل عبداً فلا قسامة فيه في ظاهر قول الخرقي وهو قول مالك ؛ لأن القسامة إنما تكون فيما يوجب القود ، وقال القاضي : فيهما القسامة وهو قول أبي حنيفة وأصحابه والشافعي ؛ لأنه قتل آدمي يوجب الكفارة فشرعت القسامة فيه كقتل الحر المسلم .

ولأن ما كان حجة في قتل الحر المسلم كان حجة في قتل العبد الكافر كالبينة .

والأول أصح ؛ لأنه قتل لا يوجب القصاص فأشبه قتل البهيمة ولا يلزم من شرعها فيما يوجب القصاص شرعها مع عدمه بدليل أن العبد إذا اتهم بقتل سيده شرعت القسامة إذا كان القتل موجباً للقصاص . ذكره القاضي ؛ لأنه لا يجوز قتله قبل ذلك ولو لم يكن موجباً للقصاص لم تشرع القسامة .

فصل

ولا قسامة فيما دون النفس من الأطراف والجوارح ولا أعلم بين أهل العلم في هذا خلافاً ، وممن قال لا قسامة في ذلك أبو حنيفة ومالك والشافعي ، وذلك لأن القسامة تثبت في النفس لحرمتها فاختصت بها دون الأطراف كالكفارة .

ولأنها ثبتت حيث كان المجني عليه لا يمكنه التعبير عن نفسه وتعيين قاتله ومن قطع طرفه يمكنه ذلك وحكم الدعوى فيه حكم الدعوى في سائر الحقوق والبينة على المدعي واليمين على من أنكر يميناً واحدة .

ولأنها دعوى لا قسامة فيها فلا تغلظ بالعدد كالدعوى في المال .

مسألة : **(وليس للأولياء أن يقسموا على أكثر من واحد)** .

لا يختلف المذهب أنه لا يستحق بالقسامة أكثر من قتل واحد ، وبهذا قال الزهري ومالك وبعض الشافعية . وقال بعضهم : يستحق بها قتل الجماعة ؛ لأنها بينة موجبة للقود فاستوى فيها الواحد والجماعة كالبينة .

ولنا قول النبي ﷺ : «يُقسم خمسونَ منكم على رجلٍ منهم فيدفع إليكم برمّته»[1] فخص بها الواحد .

ولأنها بينة ضعيفة خولف بها الأصل في قتل الواحد فيقتصر عليه ويبقى على الأصل فيما عداه .

وبيان مخالفة الأصل بها أنها تثبت باللوث وهو شبهة مغلبة على الظن صدق المدعي والقود يسقط بالشبهات فكيف يثبت بها .

ولأن الأيمان في سائر الدعاوى تثبت ابتداء في جانب المدعى عليه وهذا بخلافه ، وبيان ضعفها أنها تثبت بقول المدعي ويمينه مع التهمة في حقه والشك في صدقه وقيام العداوة المانعة من صحة الشهادة عليه في إثبات حق لغيره فلأن يمنع من قبول قوله وحده في إثبات حقه لنفسه أولى وأحرى . وفارق البينة فإنها قويت بالعدد وعدالة الشهود وانتفاء التهمة في حقهم من الجهتين في كونهم لا يثبتون لأنفسهم حقاً ولا نفعاً ولا يدفعون عنها ضرراً ولا عداوة بينهم وبين المشهود عليه ولهذا يثبت بها سائر الحقوق والحدود التي تنتفي بالشبهات .

---

(١) سبق تخريجه ص: ٣٥٠.

إذا ثبت هذا فلا قسامة فيما لا قود فيه في قول الخرقي فيطرد قوله في أن القسامة لا تشرع إلا في حق واحد، وعند غيره أن القسامة تجري فيما لا قود فيه فيجوز أن يقسموا في هذا على جماعة وهذا قول مالك والشافعي.

مسألة: **(ومن قتل نفساً محرمةً، أو شارك فيها، أو ضرب بطن امرأة فألقت جنيناً ميتاً، وكان الفعل خطأً، فعلى القاتل عتق رقبة مؤمنة، فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين توبة من ا لله. وعن أبي عبدا لله رواية أخرى: أن على قاتل العمد تحرير رقبة مؤمنة)**.

الأصل في كفارة القتل قوله تعالى: ﴿ومن قتل مؤمناً خطأً فتحرير رقبة مؤمنة ... الآية﴾ [النساء: ٩٢]، وأجمع أهل العلم على أن على القاتل خطأً الكفارة سواء كان المقتول ذكراً أو أنثى صغيراً كان أو كبيراً سواء باشره بالقتل أو تسبب إلى قتله بسبب يضمن به النفس كحفر البئر ونصب السكين وشهادة الزور وبهذا قال مالك والشافعي؛ لأنه كالمباشرة في الضمان فكان كالمباشرة في الكفارة.

ولأنه سبب لإتلاف الآدمي يتعلق به ضمانه فتعلقت به الكفارة كما لو كان راكباً فأوطئ دابته إنساناً. قال القاضي: ويلزم الشهود الكفارة سواء قالوا أخطأنا أو تعمدنا وهذا يدل على أن القتل بالسبب تجب به الكفارة بكل حال ولا يعتبر فيه الخطأ والعمد؛ لأنه وإن قصد به القتل فهو جاري مجرى الخطأ في أنه لا يجب به القصاص.

وإذا ضرب بطن امرأة فألقت جنيناً ميتاً فعليه الكفارة وبه قال مالك والشافعي وقد مضت هذه المسألة.

فصل

والمشهور في المذهب أنه لا كفارة في قتل العمد وبه قال أبو حنيفة ومالك، وعن أحمد رواية أخرى تجب فيه الكفارة وحكي ذلك عن الزهري وهو قول

الشافعي ؛ لما روى واثلة بن الأسقع قال : «أتينا النبي ﷺ بصاحبٍ لنا قد أوجبَ بالقتل . فقال : أعتقوا عنه رقبة يعتقِ الله بكلِ عضوٍ منها عضواً منه من النار»[1] .

ولأنها إذا وجبت في قتل الخطأ ففي العمد أولى ؛ لأنه أعظم إثماً وأكبر جرماً وحاجته إلى تكفير ذنبه أعظم .

ولنا مفهوم قوله تعالى : ﴿ومن قتل مؤمناً خطأً فتحرير رقبة مؤمنة﴾ [النساء:٩٢] ثم ذكر قتل العمد ولم يوجب فيه كفارة وجعل جزاءه جهنم فمفهومه أنه لا كفارة فيه . وروي «أن [الحارث بن][2] سويدَ بن الصامت قتلَ رجلاً . فأوجبَ النبي ﷺ القودَ ولم يوجب كفارة»[3] .

ولأنه فعل يوجب القتل فلا يوجب كفارة كزنا المحصن ، وحديث واثلة يحتمل أنه كان خطأً وسماه موجباً ، أي فوّت النفس بالقتل ، ويحتمل أنه كان شبه عمد ، ويحتمل أنه كان شبه عمد ، ويحتمل أنه أمرهم بالإعتاق تبرعاً ولذلك أمر غير القاتل بالإعتاق ، وما ذكروه من المعنى لا يصح ؛ لأنها وجبت في الخطأ فتمحوا إثمه ؛ لكونه لا يخلو من تفريط فلا يلزم من ذلك إيجابها في موضع عظم الإثم فيه بحيث لا يرتفع بها .

إذا ثبت هذا فلا فرق بين العمد الموجب للقصاص وما لا قصاص فيه كقتل الوالد ولده والسيد عبده والحر العبد والمسلم الكافر ؛ لأن هذا من أنواع العمد .

وتجب الكفارة في شبه العمد ، قال صاحب المغني : ولم أعلم لأصحابنا فيه قولاً لكن مقتضى الدليل ما ذكرناه ؛ لأنه أجري مجرى الخطأ في نفي القصاص وحمل العاقلة ديته وتأجيلها في ثلاث سنين فجرى مجراه في وجوب الكفارة .

ولأن القاتل إنما لم يحمل شيئاً من الدية لتحمله الكفارة فلو لم تجب عليه الكفارة لحمل من الدية لئلا يخلوا القاتل عن وجوب شيء أصلاً ولم يرد الشرع بهذا .

---

(١) أخرجه أحمد في مسنده (١٥٥٨٢) طبعة إحياء التراث.

(٢) زيادة من الطبقات الكبرى.

(٣) انظر القصة في الطبقات الكبرى لابن سعد ٣: ٥٥٢-٥٥٣ ، والسيرة لابن هشام ٣: ٨٩.

فصل

وكفارة القتل عتق رقبة مؤمنة بنص الكتاب سواء كان القاتل أو المقتول مسلماً أو كافراً فإن لم يجدها في ملكه فاضلة عن حاجته أو يجد ثمنها فاضلاً عن كفايته فصيام شهرين متتابعين توبة من الله وهذا ثابت بالنص أيضاً فإن لم يستطع ففيه روايتان :

إحداهما : يثبت الصيام في ذمته ولا يجب شيء آخر ؛ لأن الله لم يذكره ولو وجب لذكره .

والثاني : يجب إطعام ستين مسكيناً ؛ [لأنها كفارة فيها عتق وصيام شهرين متتابعين فكان فيها إطعام ستين مسكيناً][1] عند عدمها ككفارة الظهار والفطر في رمضان وإن لم يكن مذكوراً في نص الكتاب فقد ذكر ذلك في نظيره فيقاس عليه .

فعلى هذه الرواية إن عجز عن الإطعام ثبت في ذمته حتى يقدر عليه وللشافعي قولان [في هذا][2] كالروايتين .

مسألة : **(وما أوجب القصاص فلا يقبل فيه إلا عدلان)** .

أما ما أوجب القصاص في نفس كالقتل العمد العدوان من المكافئ أو في طرف كقطعه من مفصل عمداً ممن يكافئه فلا يقبل فيه إلا شهادة رجلين عدلين ، ولا يقبل فيه شهادة رجل وامرأتين ولا شاهد ويمين الطالب لا نعلم في هذا خلافاً بين أهل العلم ؛ لأن القصاص إراقة دم وعقوبة على جناية فيحتاط له باشتراط الشاهدين العدلين كالحدود وسواء كان القصاص يجب على مسلم أو كافر أو حر أو عبد ؛ لأن العقوبة يحتاط لدرئها . وقد روي عن أبي عبدالله رواية أخرى أنه لا يقبل في الشهادة على القتل إلا شهادة أربعة وهذا مذهب الحسن ؛ لأنها شهادة يثبت بها القتل فلم يقبل أقل من أربعة كالشهادة على الزنا من المحصن .

---

(١) زيادة من المغني ١٠: ٤١.

(٢) مثل السابق.

والمذهب الأول ؛ لأنه أحد نوعي القصاص فيقبل فيه اثنان كقطع الطرف وفارق الزنا فإنه مختص بهذا وليست العلة كونه قتلاً بدليل وجوب الأربعة في زنا البكر ولا قتل فيه .

ولأنه انفرد بإيجاب الحد على الرامي به والشهود إذا لم تكمل شهادتهم فلم يجز أن يلحق به ما ليس مثله .

مسألة : **(وما أوجب من الجنايات المال دون القود قبل فيه رجل وامرأتان أو رجل عدل مع يمين الطالب)** .

أما ما كان موجبه المال كقتل الخطأ وشبه العمد والعمد في حق من لا يكافئه والجائفة والمأمومة وما دون الموضحة وشريك الخاطئ وأشباه هذا فإنه يقبل فيه شهادة رجل وامرأتين وشهادة عدل ويمين الطالب ، وبه قال الشافعي . وقال أبو بكر : لا يثبت إلا بشهادة عدلين ولا تسمع فيه شهادة النساء ولا شاهد ويمين ؛ لأنها شهادة على قتل أو جناية على آدمي فلم تسمع من النساء كالقسم الأول يبين صحة هذا أنه لما لم يكن للنساء مدخل في القسامة في العمد لم يكن لهن مدخل في القسامة على الخطأ وشبه العمد الموجب للمال فيدل هذا على أنهن لا مدخل لهن في الشهادة على دم بحال .

والمذهب الأول ؛ لأنها شهادة على ما يقصد به المال على الخصوص فوجب أن تقبل كالشهادة على البيع والإجارة وفارق قتل العمد فإنه موجب للعقوبة التي يحتاط بإسقاطها فاحتيط في الشهادة على أسبابها وفي مسألتنا المقصود تقبل شهادتهن فيه فقبلت شهادتهن على سببه .

فصل

ولا يثبت القتل بالشهادة إلا مع زوال الشبهة في لفظ الشاهدين نحو أن يقولا نشهد أنه ضربه فقتله أو فمات منه وإن قالا : ضربه بالسيف فمات أو فوجدناه ميتاً أو فمات عقيبه أو قالا : ضربه بالسيف فأسال دمه أو فأنهر دمه فمات مكانه لم يثبت القتل لجواز أن يكون مات عقيب الضرب بسبب آخر . وإن كانت

الشهادة بالجرح فقالا : ضربه فأوضحه أو فاتضح منه أو فوجدناه موضحاً من الضربة قبلت شهادتهما وإن قالا : ضربه فاتضح رأسه أو وجدناه موضحاً أو فأسال دمه ووجدنا في رأسه موضحة لم يثبت الإيضاح ؛ لجواز أن يتضح عقيب ضربه بسبب آخر ولا بد من تعيين الموضحة في إيجاب القصاص ؛ لأنه إن كان في رأسه موضحتان فيحتاجان إلى بيان ما شهدا به منهما ، وإن كانت واحدة فيحتمل أن يكون قد أوسعها غير المشهود عليه فيجب أن يعينها الشاهدان فيقولان : هذه ، وإن قالا : أوضحه في موضع كذا من رأسه موضحة قدر مساحتها كذا وكذا قبلت شهادتهما ، وإن قالا : لا نعلم قدرها أو موضعها لم يحكم بالقصاص ؛ لأنه يتعذر مع الجهالة وتجب الدية ؛ لأنها لا تختلف باختلافها ، وإن قالا : ضرب رأسه فأسال دمه كانت بازلة ، وإن قالا فسال دمه لم يثبت شيء ؛ لجواز أن يسيل دمه بسبب آخر ، وإن قالا : نشهد أنه ضربه فقطع يده ولم يكن أقطع اليدين قبلت شهادتهما وثبت القصاص ؛ لعدم الاشتباه ، وإن كان أقطع اليدين ولم يعينا المقطوعة لم يثبت القصاص ؛ لأنهما لم يعينا اليد التي يجب القصاص منها ، وتجب دية اليد ؛ لأنها لا تختلف باختلاف اليدين . والله أعلم .

باب قتال أهل البغي

الأصل في هذا الباب قول الله تعالى: ﴿وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما فإن بَغَت إحداهما على الأخرى فقاتلوا التي تبغي حتى تفيء إلى أمر الله -إلى قوله:- إنما المؤمنون إخوة فأصلحوا بين أخويكم﴾ [الحجرات: ٩-١٠]، ففيها خمس فوائد:

أحدها: أنهم لم يخرجهم بالبغي عن الإيمان، فإنه سماهم مؤمنين.

الثانية: أنه أوجب قتالهم.

الثالثة: أنه أسقط قتالهم إذا فاؤا إلى أمر الله.

الرابعة: أنه أسقط عنهم التبعة فيما أتلفوا في قتالهم.

الخامسة: أن الآية أفادت جواز قتال كل من منع حقًا عليه.

وروى عبدالله بن عمرو قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «من أعطى إماماً صفقَةَ يده وثمرَةَ فؤاده فليُطعْه ما استطاع. فإن جاء آخر يُنازعُه فاضربوا عُنُقَ الآخر»[1] رواه مسلم.

وروى عرفجة قال: قال رسول الله ﷺ: «ستكونُ هَنَاتٌ وهَنَاتٌ -ورفع صوته- ألا ومن خرج على أمتي وهم جميع فاضربوا عنقه بالسيف كائناً من كان»[2] فكل من ثبتت إمامته وجبت طاعته وحرم الخروج عليه وقتاله؛ لقول الله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم﴾ [النساء: ٥٩].

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (١٨٤٤) ٣: ١٤٧٢ كتاب الإمارة، باب وجوب الوفاء ببيعة الخلفاء الأول فالأول.

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه (١٨٥٢) ٣: ١٤٧٩ كتاب الإمارة، باب حكم من فرق أمر المسلمين وهو مجتمع.

وأجمعت الصحابة على قتال البغاة، فإن أبا بكر رضي الله عنه قاتل مانعي الزكاة، وعلي قاتل أهل الجمل وأهل صفين وأهل النهر.

والخارجون عن قبضة الإمام أصناف أربعة:

الأول: قوم امتنعوا من طاعته وخرجوا عن قبضته بغير تأويل فهؤلاء قطاع طريق ساعون في الأرض بالفساد يأتي حكمهم في باب مفرد.

الثاني: قوم لهم تأويل إلا أنهم نفر يسير لا منعة لهم كالواحد والاثنين والعشرة ونحوهم فهؤلاء قطاع طريق في قول أكثر أصحابنا، وبه قال الشافعي؛ لأن ابن ملجم لما جرح علياً قال للحسن: «إن بَرِئتُ رأيتُ رأيي، وإن متُّ فلا تُمثّلوا به»[1] فلم يثبت لفعله حكم البغاة.

ولأننا لو[2] أثبتنا للنفر اليسير حكم البغاة في سقوط ضمان ما أتلفوه أفضى إلى إتلاف أموال الناس.

وقال أبو بكر: لا فرق بين القليل والكثير وحكمهم حكم البغاة إذا خرجوا عن قبضة الإمام.

الثالث: الخوارج الذين يكفرون بالذنب ويكفرون عثمان وعلياً وطلحة والزبير وكثيراً من الصحابة ويستحلون دماء المسلمين وأموالهم إلا من خرج معهم فظاهر قول الفقهاء من أصحابنا المتأخرين أنهم بغاة حكمهم حكمهم وهذا قول أبي حنيفة والشافعي وجمهور الفقهاء وكثير من أهل الحديث ومالك يرى استتابتهم فإن تابوا وإلا قتلوا على إفسادهم لا على كفرهم، وذهبت طائفة من أهل الحديث إلى أنهم كفار مرتدون حكمهم حكم المرتدين تباح دماؤهم وأموالهم فإن تحيزوا في مكان وكانت لهم منعة وشوكة صاروا أهل حرب كسائر الكفار، وإن كانوا في قبضة الإمام استتابهم كاستتابة المرتدين فإن تابوا وإلا ضربت أعناقهم وكانت أموالهم فيئاً لا يرثهم ورثتهم المسلمون؛ لما روى أبو سعيد قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «يخرج قوم تحقرون صلاتكم مع صلاتهم

(١) ذكره ابن سعد في الطبقات الكبرى ٣: ٣٥، ٣٧.
(٢) زيادة من المغني ١٠: ٤٩.

وصيامكم مع صيامهم وأعمالكم مع أعمالهم يقرءون القرآن لا يُجاوز حناجرهُم يمرقون من الدين كما يمرق السهم من الرميّة يَنظرُ في النصل فلا يرى شيئا ويَنظرُ في القدح فلا يرى شيئاً ويَنظرُ في الريش فلا يرى شيئاً ويَتَمارَى في الفُوق»[1] رواه مالك في موطئه والبخاري في صحيحه وهو حديث صحيح ثابت الإسناد.

وفي لفظ قال: «يخرج قوم في آخر الزمان أحداثُ الأسنان سُفهاء الأحلام يقولون من قول خير البرية يقرؤون القرآن لا يجاوز تراقيهم يمرقون من الدين كما يمرق السهم من الرميّة فأينما لقيتهم فاقتلهم فإن قتلهم أجر لمن قتلهم يوم القيامة»[2] رواه البخاري، وروي معناه من وجوه، يقول: فكما خرج هذا السهم نقياً خالياً من الدم والفرث لم يتعلق منهما بشيء كذلك خروج هؤلاء من الدين يعني الخوارج.

وأكثر الفقهاء على أنهم بغاة ولا يرون تكفيرهم.

قال ابن المنذر: لا أعلم أحداً وافق أهل الحديث على تكفيرهم وجعلهم كالمرتدين.

وقال ابن عبدالبر في الحديث الذي رويناه: قوله: «يتمارى في الفُوق» يدل على أنه لم يكفرهم؛ لأنهم علقوا من الإسلام بشيء بحيث يشك في خروجهم منه، وذكر ابن عبدالبر عن علي أنه سئل عن أهل النهر أكفار هم؟ قال: من الكفر فروا قيل: فمنافقون؟ قال: إن المنافقين لا يذكرون الله إلا قليلاً قيل: فما هم؟ قال: قوم أصابتهم فتنة فعموا فيها وصموا وبغوا علينا وقاتلونا فقاتلناهم.

والصحيح أن الخوارج يجوز قتلهم ابتداء والإجازة على جريحهم لأمر النبي ﷺ بقتلهم ووعده بالثواب من قتلهم.

ولأن بدعتهم وسوء فعلهم يقتضي حل دمائهم بدليل ما أخبر به النبي عليه السلام من عظم ذنبهم وأنهم شر الخلق والخليقة وأنهم يمرقون من الدين وأنهم

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٤٧٧١) ٤: ١٩٢٨ كتاب فضائل القرآن، باب إثم من راءى بقراءة القرآن... وأخرجه مالك في موطئه (١٠) ١: ١٨٠ كتاب القرآن، باب ما جاء في القرآن.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٦٥٣١) ٦: ٢٥٣٩ كتاب استتابة المرتدين والمعاندين، باب قتل الخوارج والملحدين بعد إقامة الحجة عليهم.

كلاب النار، وحثه على قتلهم وإخباره بأنه لو أدركهم لقتلهم قتل عاد فلا يجوز إلحاقهم بمن أمر النبي ﷺ بالكف عنهم وتورع كثير من أصحاب رسول الله ﷺ عن قتالهم ولا بدعة فيهم.

الصنف الرابع: قوم من أهل الحق يخرجون عن قبضة الإمام[1] ويرومون خلْعه لتأويل لتأويل سائغ وفيهم منعة يحتاج في كفهم إلى جمع[2] الجيش فهؤلاء البغاة الذين نذكر في هذا الباب حكمهم، وواجب على الناس معونة إمامهم في قتال البغاة لما ذكرنا في أول الباب.

ولأنهم لو تركوا معونته لقهره أهل البغي وظهر الفساد في الأرض.

مسألة: قال أبو القاسم رحمه الله: **(وإذا اتفق المسلمون على إمام فمن خرج عليه من المسلمين يطلب موضعه حوربوا ودفعوا بأسهل ما يندفعون به)**.

أما من اتفق المسلمون على إمامته وبيعته ثبتت إمامته ووجبت معونته لما ذكرنا من الحديث والإجماع، وفي معناه من ثبتت إمامته بعهد النبي ﷺ أو بعهد إمام قبله إليه فإن أبا بكر ثبتت إمامته بإجماع الصحابة على بيعته وعمر ثبتت إمامته بعهد أبي بكر إليه وأجمع الصحابة على قبوله.

ولو خرج رجل على الإمام فقهره وغلب الناس بسيفه حتى أقروا له وأذعنوا بطاعته وتابعوه صار إماماً يحرم قتاله والخروج عليه فإن عبدالملك بن مروان خرج على ابن الزبير فقتله واستولى على البلاد وأهلها حتى بايعوه طوعاً وكرهاً فصار إماماً يحرم الخروج عليه وذلك لما في الخروج عليه من شق عصى المسلمين وإراقة دمائهم وذهاب أموالهم، ويدخل الخارج عليه في عموم قوله عليه السلام: «من خرج على أمتي وهم جميع فاضربوا عنقه بالسيف كائناً من كان»[3] فمن خرج على من ثبتت إمامته بأحد هذه الوجوه باغياً باغياً وجب قتاله، ولا يجوز قتالهم حتى يبعث إليهم من يسألهم ويكشف لهم الصواب إلا أن يخاف كلبهم فلا يمكن

(١) في الأصل: الإسلام، وما أثبتناه من المغني ١٠: ٥٢.
(٢) في الأصل: جميع، وما أثبتناه من المغني ١٠: ٥٢.
(٣) سبق تخريجه ص: ٣٦٩.

ذلك في حقهم ، وأما إن أمكن تعريفهم عرّفهم ذلك وأزال ما يذكرونه من المظالم وأزاح حججهم ، فإن لجوا قاتلهم حينئذ ؛ لأن الله تعالى بدأ بالأمر بالإصلاح قبل القتال فقال تعالى : ﴿وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما فإن بَغَت إحداهما على الأخرى فقاتلوا التي تبغي﴾ [الحجرات :٩] وروي أن علياً راسل أهل البصرة قبل وقعة الجمل ثم أمر أصحابه أن لا يبدؤهم بالقتال ثم قال : إن هذا يوم من فلج فيه فلج يوم القيامة ثم سمعهم يقولون : الله أكبر يا ثارات عثمان فقال : اللهم أكب قتلة عثمان لوجوههم .

وروى عبدالله بن شداد بن الهادي «أن علياً رضي الله عنه لما اعتزلته الحرورية بعث إليهم عبدالله بن عباس فواضعوه كتابَ الله ثلاثة أيام فرجع منهم أربعة آلاف»[1] . فإن أبوا الرجوع وعظهم وخوفهم القتال ، وإنما كان كذلك ؛ لأن المقصود كفهم ودفع شرهم لا قتلهم فإذا أمكن بمجرد القول كان أولى من القتال لما فيه من الضرر بالفريقين فإن سألوا الإنظار نظر في حالهم وبحث عن أمرهم ، فإن بان له أن قصدهم الرجوع إلى الطاعة ومعرفة الحق أنظرهم . قال ابن المنذر : أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من أهل العلم ، وإن كان قصدهم الاجتماع على قتاله وانتظار مَدَدٍ يقوون به أو خديعة الإمام ليأخذوه على غرة وتفرق عسكره لم ينظرهم وعاجلهم ؛ لأنه لا يأمن أن يصير هذا طريقاً إلى قهر أهل العدل ولا يجوز هذا وإن أعطوه عليه مالاً ؛ لأنه لا يجوز أن يأخذ المال على إقرارهم على ما لا يجوز إقرارهم عليه وإن بذل له رهائن على إنظارهم لم يجز أخذها لذلك ؛ لأن الرهائن لا يجوز قتلهم لغدر أهلهم فلا يفيد شيئاً ، وإن كان في أيديهم أسرى من أهل العدل وأعطوا بذلك رهائن منهم قبلهم الإمام واستظهر للمسلمين فإن أطلقوا أسرى المسلمين الذين عندهم أطلقت رهائنهم وإن قتلوا من عندهم لم يجز قتل رهائنهم ؛ لأنهم لا يقتلون بقتل غيرهم وإذا انقضت الحرب خلى الرهائن منهم كما يخلى الأساري منهم ، وإن خاف الإمام على الفئة العادلة

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٨: ١٧٩ كتاب قتال أهل البغي، باب لا يبدأ الخوارج بالقتال حتى يسألوا...

الضعف عنهم أخر قتالهم إلى أن يمكنه القوة عليهم؛ لأنه لا يأمن الاصطلام والاستئصال فيؤخرهم حتى تقوى شوكة أهل العدل ثم يقاتلهم، وإن سألوه أن ينظرهم أبداً ويدعهم وما هم عليه ويكفوا عن المسلمين نظرت فإن لم يعلم قوته عليهم وخاف قهرهم له إن قاتلهم تركهم، وإن قوي عليهم لم يجز إقرارهم على ذلك؛ لأنه لا يجوز أن يترك بعض المسلمين طاعة الإمام ولا يؤمن قوة شوكتهم بحيث يفضي إلى قهر الإمام العادل ومن معه، ثم إن أمكن دفعهم بدون القتل لم يجز قتلهم؛ لأن المقصود دفعهم لا قتلهم.

ولأن المقصود إذا حصل بدون القتل لم يجز القتل من غير حاجة، وإن حضر معهم من لم يقاتل لم يجز قتله.

وقال أصحاب الشافعي: فيه وجه آخر يجوز؛ لأن علياً نهى أصحابه عن قتل محمد بن طلحة السجاد وقال: إياكم وصاحب البرنس فقتله رجل وأنشأ يقول:

وأشعث قوام بآيات ربه ... قليل الأذى فيما ترى العين مسلم

هتكت له بالرمح جيب قميصه ... فخر صريعاً لليدين وللفم

على غير شيء غير أن ليس تابعاً ... علياً ومن لم يتبع الحق يظلم

يناشدني حم والرمح شاجر ... فهلا تلا حم قبل التقدم

وكان السجاد حامل راية أبيه ولم يكن يقاتل فلم ينكر علي قتله.

ولأنه صار ردءاً لهم.

ولنا قول الله تعالى: ﴿ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم﴾ [النساء:٩٣] والأخبار الواردة في تحريم قتل المسلم والإجماع على تحريمه وإنما خص من ذلك ما حصل ضرورة دفع الباغي الصائل ففيما عداه يبقى على العموم والإجماع فيه ولهذا حرم قتل مدبرهم وأسيرهم والإجهاز على جريحهم مع أنهم إنما تركوا القتال عجزاً عنه ومتى ما قدروا عليه عادوا إليه فمن لا يقاتل تورعاً عنه مع قدرته عليه ولا يخاف منه القتال بعد ذلك أولى.

ولأنه مسلم لم يحتج إلى دفعه ولا صدر منه أحد الثلاثة فلم يحل دمه لقوله عليه السلام: «لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث»[1].

وأما حديث علي في نهيه عن قتل السجاد فهو حجة عليهم فإن نهي علي أول من فعل من خالفه و لم يمتثل قول الله ولا قول رسوله ولا قول إمامه.

وقولهم: لم ينكر علي قتله، قلنا: لم ينقل إلينا أن علياً علم حقيقة الحال في قتله ولا حضر قتله فينكره وقد جاء أن علياً حين طاف في القتلى رآه فقال السجاد: ورب الكعبة هذا الذي قتله برّه بأبيه وهذا يدل على أنه لم يشعر بقتله، ويجوز أن يكون تركه الإنكار عليهم اجتزاء بالنهي المتقدم.

ولأن القصد من قتالهم كفهم وهذا كاف لنفسه فلم يجز قتله كالمنهزم.

فصل

وإذا قاتل معهم عبيد ونساء وصبيان فهم كالرجل الحر البالغ يقاتلون مقبلين ويتركون مدبرين؛ لأن قتالهم للدفع، ولو أراد أحد هؤلاء قتل إنسان جاز دفعه وقتاله وإن أتى على نفسه ولذلك قلنا في أهل الحرب إذا كان معهم النساء والصبيان يقاتلون قوتلوا وقتلوا.

مسألة: **(فإن آل ما دفعوا به إلى نفوسهم فلا شيء على الدافع وإن قتل الدافع فهو شهيد)**.

أما إذا لم يمكن دفع أهل البغي إلا بقتلهم جاز قتلهم ولا شيء على من قتلهم من إثم ولا ضمان ولا كفارة؛ لأنه فعل ما أمر به وكذلك ما أتلفه أهل العدل على أهل البغي حال الحرب من المال لا ضمان فيه؛ لأنهم إذا لم يضمنوا الأنفس فالأموال أولى، وإن قتل العادل كان شهيداً؛ لأنه قتل في قتال أمره الله به بقوله: ﴿فقاتلوا التي تبغي﴾ [الحجرات:٩] وهل يغسل ويصلى عليه؟ فيه روايتان:

إحداهما: لا يغسل ولا يصلى عليه؛ لأنه شهيد معركة أمر بالقتال فيها فأشبه قتيل معركة الكفار.

---

(١) سبق تخريجه ص: ٢٣٦.

والثانية: يغسل ويصلى عليه؛ لأن النبي ﷺ أمر بالصلاة على من قال: لا إله إلا الله واستثنى قتيل الكفار في المعركة ففيما عداه يبقى على الأصل.

ولأن شهيد معركة الكفار أجره أعظم وفضله أكثر وقد جاء أنه يشفع في سبعين من أهل بيته وهذا لا يلحق به في فضله فلا يثبت فيه مثل حكمه فإن الشيء إنما يقاس عليه مثله.

مسألة: **(وإذا دفعوا لم يتبع لهم مُدْبر ولم يجيزوا على جريح ولم يقتل لهم أسير ولم يغنم لهم مال ولم تسب له ذرية)**.

أما أهل البغي إذا تركوا القتال إما بالرجوع إلى الطاعة وإما بإلقاء السلاح وإما بالهزيمة إلى فئة أو إلى غير فئة وإما بالعجز لجراح أو مرض أو أسر فإنه يحرم قتلهم وإتباع مدبرهم، وبهذا قال الشافعي؛ لما روي عن علي أنه قال يوم الجمل: «لا يُذَافف على جريح، ولا يهتك ستر، ولا يفتح باب، ومن أغلق باباً أو بابه فهو آمن، ولا يتبع مُدْبِر»[1]. وقد روي نحو ذلك عن عمار.

وعن علي «أنه وَدَى قوماً من بيت مال المسلمين قُتِلُوا مُدْبِرين».

وعن أبي أمامة قال: «شهدت صفين فكانوا لا يجيزون على جريح، ولا يقتلون مولياً، ولا يسلبون قتيلاً»[2].

وقد روى القاضي في شرحه عن عبدالله بن مسعود أن النبي ﷺ قال: «يا ابن أم عبد ما حكم من بغى على أمتي؟ قلت: الله ورسوله أعلم قال: لا يتبع مدبرهم ولا يجاز على جريحهم ولا يقتل أسيرهم ولا يقسم فيئهم»[3].

ولأن المقصود دفعهم وكفهم وقد حصل فلم يجز قتلهم كالصائل.

إذا ثبت هذا إذا قتل إنسان من منع من قتله ضمنه؛ لأنه قتل معصوماً لم يؤمر بقتله وفي القصاص وجهان:

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٨: ١٨١ كتاب قتال أهل البغي، باب أهل البغي إذا فاؤا...

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٨: ١٨٢ الموضع السابق.
وأخرجه الحاكم في مستدركه (٢٦٦٠)٢: ١٦٧ كتاب قتال أهل البغي وهو آخر الجهاد.

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٨: ١٨٢ كتاب قتال أهل البغي، باب أهل البغي إذا فاؤا...
وأخرجه الحاكم في مستدركه (٢٦٦٢)٢: ١٦٨ كتاب قتال أهل البغي وهو آخر الجهاد.

إحداهما : يجب ؛ لأنه مكافئ معصوم .

والثاني : لا يجب ؛ لأن في قتلهم اختلافاً بين الأئمة فكان ذلك شبهة دارئة للقصاص ؛ لأنه مما يندرئ بالشبهات ، وأما أسيرهم فإن دخل في الطاعة خلي سبيله وإن أبى ذلك وكان رجلاً جلداً من أهل القتال حبس ما دامت الحرب قائمة ، فإذا انقضت الحرب[1] خلي سبيله وشرط عليه أن لا يعود إلى القتال وإن لم يكن الأسير من أهل القتال كالنساء والصبيان والشيوخ الفانين خلي سبيلهم ولم يحبسوا في أحد الوجهين ، وفي الآخر يحبسون ؛ لأن فيه كسراً لقلوب البغاة ، وإن أسر كل واحد من الفريقين أسارى من الفريق الآخر جاز فداء أسارى أهل العدل بأسارى أهل البغي وإن قتل أهل البغي أسارى أهل العدل لم يجز لأهل العدل قتل أساراهم ؛ لأنهم لا يقتلون بجناية غيرهم ولا يزرون وزر غيرهم ، وإن أبى أهل البغاة مفاداة الأسرى الذين معهم وحبسوهم احتمل أن يجوز لأهل العدل حبس من معهم وحبسوهم احتمل أن يجوز لأهل العدل حبس من معهم ليتوصلوا إلى تخليص أساراهم بحبس من معهم ، واحتمل أن لا يجوز حبسهم ويطلقون ؛ لأن الذنب في حبس أسارى أهل العدل لغيرهم .

فصل

وأما غنيمة أموالهم وسبي ذريتهم فلا نعلم في تحريمه بين أهل العلم خلافاً وقد ذكرنا حديث أبي أمامة وابن مسعود .

ولأنهم معصومون وإنما أبيح من دمائهم وأموالهم ما حصل من ضرورة دفعهم وقتالهم وما عداه يبقى على أصل التحريم .

مسألة : (**ومن قُتل منهم غُسل وكفّن وصلّي عليه**) .

يعني من أهل البغي ، وبهذا قال مالك والشافعي ؛ لقول النبي ﷺ : «صلوا على من قال : لا إله إلا الله»[2] رواه الخلال في جامعه .

---

(١) زيادة من المغني ١٠: ٦٤.

(٢) أخرجه الدراقطني في سننه (٣) ٢: ٥٦ كتاب العيدين، باب صفة من تجوز الصلاة معه والصلاة عليه. من حديث ابن عمر رضي الله عنهما.

ولأنهم مسلمون لم يثبت لهم حكم الشهادة فيغسلون ويصلى عليهم كما لو لم يكن لهم[1] فئة .

مسألة : (وما أخذوا في حال امتناعهم من زكاة أو خراج لم يعد عليهم) .

أما إذا غلب أهل البغي على بلد فجبوا الخراج والزكاة والجزية وأقاموا الحدود وقع ذلك موقعه فإذا ظهر أهل العدل بعد على البلد وظفروا بأهل البغي لم يطالبوا بشيء مما جبوه ولم يرجع به على من أخذ منه ، روي نحو هذا عن ابن عمر وسلمة بن الأكوع وبه قال أبو حنيفة وأصحابه والشافعي وسواء كانوا من الخوارج أو من غيرهم ؛ لما روي عن علي أنه لما ظهر على أهل البصرة لم يطالبهم بشيء مما جبوه .

وكان ابن عمر إذا أتاه ساعي نجدة الحروري دفع إليه زكاته ، وكذلك سلمة بن الأكوع .

ولأن في ترك الاحتساب بها ضررًا عظيمًا ومشقة كثيرة فإنهم قد يغلبون على البلاد السنين الكثيرة . فلو لم يحتسب بما أخذوه أدى ذلك إلى ثناء الصدقات في تلك المدة كلها .

إذا ثبت هذا فإذا ذكر أرباب الصدقات أنهم أخذوا صدقاتهم قبل قولهم بغير يمين . قال أحمد : لا يستحلف الناس على صدقاتهم ، فإن ادعى أهل الذمة دفع جزيتهم لم يقبل بغير بينة ؛ لأنه غير مأمون .

ولأن ما يجب عليهم عوض وليس بمواساة فلم يقبل قولهم كأجرة الدار .

قال صاحب المغني : ويحتمل أن يقبل قولهم إذا مضى الحول ؛ لأن الظاهر أن البغاة لا يدعون الجزية لهم فكان القول قولهم ؛ لأن الظاهر معهم .

ولأنه إذا مضى لذلك سنون كثيرة شق عليهم إقامة البينة على كل عام فيؤدي ذلك إلى تغريمهم الجزية مرتين ، وإن ادعى من عليه الخراج دفعه إليهم ففيه وجهان :

---

(١) زيادة من المغني ١٠: ٦٦.

أحدهما : يقبل ؛ لأنه حق على مسلم فقبل قوله فيه كالزكاة .

والثاني : لا يقبل ؛ لأنه عوض فأشبه الجزية وإن كان من عليه الخراج ذمياً فهو كالجزية ؛ لأنه عوض على غير مسلم فهو كالجزية .

ولأنه أحد الخراجين فأشبه الجزية .

مسألة : **(ولا ينقض من حكم حاكمهم إلا ما ينقض من حكم غيره)** .

يعني إذا نصب أهل البغي قاضياً يصلح للقضاء فحكمه حكم قاضي أهل العدل ينفذ من أحكامه ما ينفذ من أحكام قاضي أهل العدل ويرد منه ما يرد فإن كان ممن يستحل دماء أهل العدل وأموالهم لم يجز قضاؤه ؛ لأنه ليس بعدل وهذا قول الشافعي .

وقال أبو حنيفة : لا[1] يجوز قضاؤه بحاله ؛ لأن أهل البغي يفسقون ببغيهم والفسوق ينافي القضاء .

ولنا أنه اختلاف في الفروع بتأويل سائغ فلم يمنع صحة القضاء و لم يفسق به كاختلاف الفقهاء .

إذا ثبت هذا فإنه إذا حكم بما لا يخالف نصاً ولا إجماعاً نفذ حكمه ، وإن خالف ذلك نقض حكمه ؛ لأن قاضي أهل العدل إذا حكم بذلك نقض حكمه فقاضي أهل البغي أولى .

وإن حكم بسقوط الضمان عن أهل البغي فيما أتلفوه حال الحرب جاز حكمه ؛ لأنه موضع اجتهاد وإن كان حكمه فيما أتلفوه قبل قيام الحرب لم ينفذ ؛ لأنه مخالف للإجماع وإن حكم على أهل العدل بوجوب الضمان فيما أتلفوه حال الحرب لم ينفذ حكمه لمخالفته الإجماع ، وإن حكم بوجوب ضمان ما أتلفوه في غير حال الحرب نفذ حكمه ، وإن كتب قاضيهم إلى قاضي أهل العدل جاز قبول كتابه ؛ لأنه قاضي ثابت القضاء نافذ الأحكام ، والأولى أن لا يقبله كسراً لقلوبهم ، وأما الخوارج إذا ولوا قاضياً لم يجز قضاؤه ؛ لأن أقل أحوالهم الفسق

---

(١) زيادة من المغني ١٠: ٧٠.

والفسق ينافي القضاء ويحتمل أن يصح قضاؤه وتنفذ أحكامه ؛ لأن هذا مما يتطـاول وفي القضاء بفساد قضاياه وعقوده الأنكحة وغيرها ضرر كثـير فجـاز دفعـاً للضـر كما لو أقام الحدود أو أخذ الجزية والزكاة . والله أعلم .

كتاب المرتد

المرتد هو : الراجع عن دين الإسلام إلى الكفر . قال الله تعالى : ﴿ومن يرتدد منكم عن دينه فيمت وهو كافر فأولئك حبطت أعمالهم في الدنيا والآخرة وأولئك أصحاب النار هم فيها خالدون﴾ [البقرة :٢١٧] .

وقال النبي ﷺ : «من بدَّل دينه فاقتلوه»[١] .

وأجمع أهل العلم على وجوب قتل المرتدين روي ذلك عن أبي بكر ، وعمر ، وعثمان ، وعلي ، ومعاذ ، وأبي موسى وغيرهم ، ولم ينكر ذلك فكان إجماعاً .

مسألة : قال أبو القاسم رحمه الله : (**ومن ارتد عن الإسلام من الرجال والنساء وكان بالغاً عاقلاً دعي إليه[٢] ثلاثة أيام وضيق عليه فإن رجع وإلا قتل**) .

هذه المسألة تشتمل على خمسة أحكام :

الأول : أنه لا فرق بين الرجال والنساء في وجوب القتل ، روي ذلك عن أبي بكر وعلي وبه قال مالك والشافعي ؛ لقوله عليه السلام : «من بدَّل دينه فاقتلوه»[٣] رواه البخاري وأبو داود .

وقال النبي عليه السلام : «لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث : الثيب الزاني ، والنفس بالنفس ، والتارك لدينه المفارق للجماعة»[٤] . متفق عليه .

---

(١) سيأتي تخريجه قريباً.

(٢) في الأصل: إليها ، وما أثبتناه من المغني ١٠: ٧٤.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه (٦٥٢٤) ٦ : ٢٥٣٧ كتاب استتابة المرتدين، باب حكم المرتد والمرتدة واستتابتهم.

وأخرجه أبو داود في سننه (٤٣٥١) ٤ : ١٢٦ كتاب الحدود ، باب الحكم فيمن ارتد.

وأخرجه الترمذي في جامعه (١٤٥٨) ٤ : ٥٩ كتاب الحدود ، باب ما جاء في المرتد.

وأخرجه النسائي في سننه (٤٠٦٥) ٧ : ١٠٥ كتاب تحريم الدم ، الحكم في المرتد.

وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٥٣٥) ٢ : ٨٤٨ كتاب الحدود ، باب المرتد عن دينه.

وأخرجه أحمد في مسنده (٢٥٥٢) ١ : ٢٨٣.

(٤) سبق تخريجه ص: ٢٣٦.

وروى الدارقطني: «أن امرأة يقال لها أم مروان ارتدَّت عن الإسلام فبلغ أمرها النبي عليه السلام. فأمر أن تُستتاب فإن تابت وإلا قتلت»[1].

ولأنها شخص مكلف بدّل دين الحق بالباطل. فيقتل كالرجل.

الحكم الثاني: أن الردة لا تصح إلا من عاقل، وأما من لا عقل له كالطفل والمجنون ومن زال عقله بإغماء أو نوم أو مرض أو شرب دواء يباح شربه فلا تصح ردته ولا حكم لكلامه بغير خلاف بين أهل العلم. حكاه ابن المنذر. وقد قال النبي عليه السلام: «رفع القلم عن ثلاثة: عن الصبي حتى يبلغ، وعن النائم حتى يستيقظ، وعن المجنون حتى يفيق»[2]. رواه أبو داود والترمذي وحسنه.

ولأنه غير مكلف فلم يؤاخذ بكلامه كما لم يؤاخذ به في إقراره ولا طلاقه ولا إعتاقه.

وأما السكران والصبي العاقل فنذكر حكمهما فيما بعد إن شاء الله تعالى.

الحكم الثالث: أنه لا يقتل حتى يستتاب ثلاثاً هذا قول أكثر أهل العلم منهم عمر وعلي وأبو حنيفة وأصحابه ومالك والشافعي في أحد قوليه. وعن أحمد لا تجب استتابته لكن تستحب وهو القول الثاني للشافعي؛ لقوله عليه السلام: «من بدَّل دينه فاقتلوه»[3] ولم يذكر استتابته.

وروي «أن معاذاً قدم على أبي موسى فوجد عنده رجلاً موثقاً فقال: ما هذا؟ قال: رجل كان يهودياً فأسلم ثم راجع دينه دين السوء فتهود قال: لا أجلس حتى يقتل قضاء الله ورسوله قال: اجلس نعم قال: لا أجلس حتى يقتل قضاء الله ورسوله قال: اجلس نعم قال: لا أجلس حتى يقتل قضاء الله ورسوله ثلاث مرات فأمر به فقتل»[4] متفق عليه.

---

(١) أخرجه الدارقطني في سننه (١٢٢) ٣: ١١٨ كتاب الحدود والديات.

(٢) سبق تخريجه ص: ٢٤٦.

(٣) سبق تخريجه ص: ٣٨١.

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه (٦٥٢٥) ٦: ٢٥٣٧ كتاب استتابة المرتدين والمعاندين، باب حكم المرتد والمرتدة واستتابتهم.

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٧٣٣) ٣: ١٤٥٦ كتاب الإمارة، باب النهي عن طلب الإمارة والحرص عليها.

ولم يذكر استتابة .

ولأنه يقتل لكفره فلم تجب استتابته كالأصلي .

ولأنه لو قتل قبل الاستتابة لم يضمن ولو حرم قتله ضمن .

ووجه الرواية الأولى حديث أم مروان «أن النبي ﷺ أمر أن تستتاب»[1] .

وروى مالك في الموطأ عن عبدالرحمن بن محمد بن عبدالله بن عبد القارئ عن أبيه «أنه قدم على عمر رجل من قبل أبي موسى . فقال له عمر : هل من مُغرِّبة خبر؟ قال : نعم . رجل كفر بعد إسلامه . فقال : ما فعلتم به؟ قال : قرّبناه فضربنا عنقه . فقال عمر : فهلا حبستموه ثلاثًا . وأطعمتموه كل يوم رغيفًا . واستتبتموه لعله يتوب أو يراجع أمر الله ؟ اللهم ! إني لم أحضر ، ولم آمر ، ولم أرض ، إذ بلغني»[2] .

ولو لم تجب استتابته لما برئ من فعلهم .

ولأنه أمكن استصلاحه . فلم يجز إتلافه قبل استصلاحه ؛ كالثوب النجس .

وأما الأمر بقتله فالمراد به بعد الاستتابة بدليل ما ذكرنا . وأما حديث معاذ فإنه قد جاء فيه وكان قد استتيب .

ويروى : أن أبا موسى استتابه شهرين قبل قدوم معاذ عليه .

وفي رواية : «فدعاه عشرين ليلة أو قريباً من ذلك فجاء معاذ فدعاه وأبى فضرب عنقه»[3] رواهن أبو داود .

ولا يلزم من تحريم القتل وجوب الضمان بدليل نساء أهل الحرب وصبيانهم وشيوخهم .

إذا ثبت وجوب الاستتابة فمدتها ثلاثة أيام روي ذلك عن عمر وبه قال أبو حنيفة وأصحابه ومالك والشافعي في أحد قوليه ؛ لأن الردة إنما تكون لشبهة ولا تزول في الحال فوجب أن ينتظر مدة يرتئي فيها وأولى ذلك ثلاثة أيام للأثر فيها .

(١) سبق تخريجه ص: ٣٨٢.

(٢) أخرجه مالك في موطئه (١٦) ٢ : ٥٦٥ كتاب الأقضية ، باب القضاء فيمن ارتد عن الإسلام.
وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٨ : ٢٠٦ كتاب المرتد ، باب من قال : يحبس ثلاثة أيام.

(٣) أخرجه أبو داود في سننه (٤٣٥٦) ٤ : ١٢٧ كتاب الحدود ، باب الحكم فيمن ارتد.

ولأنها مدة قريبة وينبغي أن تضيق عليه في مدة الاستتابة ويحبس ؛ لقول عمر : «هلا حبستموه وأطعمتموه كل يوم رغيفًا»[1] .

وتكرر دعايته لعله يتعطف قلبه فيراجع دينه .

الحكم الرابع : أنه إن لم يتب قتل وهو قول عامة الفقهاء ويقتل بالسيف ؛ لأنه آلة القتل ولا يحرق بالنار ، وقد روي عن أبي بكر أنه أمر بحرق المرتدين وفعل بهم خالد كذلك .

والأول أصح ؛ لقوله عليه السلام : «من بدَّل دينه فاقتلوه ولا تعذبوا بعذاب الله -يعني : النار-»[2] أخرجه البخاري وأبو داود .

وقال النبي ﷺ : «إن الله كتب الإحسان على كل شيء ، فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة»[3] .

الحكم الخامس : أن مفهوم كلام الخرقي أنه إذا تاب قبلت توبته ولم يقتل أي كفر كان وسواء كان زنديقاً يستتر بالكفر أو لم يكن وهذا مذهب الشافعي ويروى ذلك عن علي وابن مسعود وهو إحدى الروايتين عن أحمد واختيار أبي بكر الخلال وقال : إنه أولى على مذهب أبي عبدالله .

والرواية الأخرى : لا تقبل توبة الزنديق ومن تكررت ردته وهو قول مالك والليث وإسحاق وعن أبي حنيفة روايتان كهاتين واختار أبو بكر أنه لا تقبل توبة الزنديق ؛ لقول الله تعالى : ﴿إلا الذين تابوا وأصلحوا وبينوا﴾ [البقرة:١٦٠] .

والزنديق : لا يظهر منه ما يتبين به رجوعه وتوبته ؛ لأنه كان مظهراً للإسلام مسراً للكفر فإذا وقف على ذلك فأظهر التوبة لم يزد على ما كان منه قبلها وهو إظهار الإسلام . وأما من تكررت ردته فقد قال الله : ﴿إن الذين آمنوا ثم كفروا ثم آمنوا ثم كفروا ثم ازدادوا كفراً لم يكن الله ليغفر لهم ولا ليهديهم سبيلا﴾ [النساء:١٣٧] .

---

(١) سبق قريباً.

(٢) سبق تخريجه ص: ٣٨١.

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه (١٩٥٥) ٣ : ١٥٤٨ كتاب الصيد والذبائح وما يؤكل من الحيوان ، باب الأمر بإحسان الذبح والقتل...

ووجه الرواية الأولى قول الله: ﴿قُل للذين كفروا إن ينتهوا يُغْفَر لهم ما قد سلف﴾ [الأنفال: ٣٨].

وروي «أن رجلاً سار رسول الله ﷺ فلم يدر ما ساره به حتى جهر رسول الله ﷺ فإذا هو يستأذنه في قتل رجل من المنافقين فقال رسول الله ﷺ: أليس يشهد أن لا إله إلا الله؟ قال: بلى ولا شهادة له. قال: أليس يصلي؟ قال: بلى ولا صلاة له. فقال رسول الله ﷺ: أولئك الذين نهاني الله عن قتلهم وقد قال الله: ﴿إن المنافقين في الدرك الأسفل من النار ولن تجد لهم نصيراً ۝ إلا الذين تابوا﴾ [النساء: ١٤٥-١٤٦].

ولأن النبي ﷺ كف عن المنافقين بما أظهروا من الشهادة مع أخبار الله له بباطنهم بقوله تعالى: ﴿ويحلفون بالله إنهم لمنكم وما هم منكم ولكنهم قوم يفرقون﴾ [التوبة: ٥٦] وغيرها من الآيات. وحديث ابن مسعود حجة في قبول[1] توبتهم مع استسرارهم بكفرهم.

وفي الجملة فالخلاف بين الأئمة في قبول توبتهم في الظاهر من أحكام الدنيا من ترك قتلهم وثبوت أحكام الإسلام في حقهم. وأما قبول الله لها في الباطن وغفرانه لمن تاب وأقلع ظاهراً وباطناً فلا خلاف فيه فإن الله قال في المنافقين: ﴿إلا الذين تابوا وأصلحوا واعتصموا بالله وأخلصوا دينهم لله فأولئك مع المؤمنين وسوف يؤت الله المؤمنين أجراً عظيماً﴾ [النساء: ١٤٦].

مسألة: (**وكان[2] ماله فيئاً بعد قضاء دينه**).

أما المرتد إذا قتل أو مات على ردته فإنه يبدأ بقضاء دينه وأرش جنايته ونفقة زوجته وقريبه؛ لأن هذه الحقوق لا يجوز تعطيلها وأولى ما يوجد من ماله وما بقي من ماله فهو فيء يجعل في بيت المال.

---

(١) زيادة من المغني ١٠: ٨٠.

(٢) في الأصل: وما كان. وما أثبتناه من المغني ١٠: ٨١.

وعن أحمد رواية أخرى تدل على أنه لورثته من المسلمين وعنه أنه لقرابته من أهل الدين الذي انتقل إليه وقد مضت هذه المسألة مستوفاة في الفرائض بما أغنى عن ذكرها هاهنا.

مسألة: (**وكذلك من ترك الصلاة دعي إليها ثلاثة أيام فإن صلى وإلا قتل جاحداً تركها أو غير جاحد**).

قد سبق شرح هذه المسألة في باب مفرد لها ولا خلاف بين أهل العلم في كفر من تركها جاحداً لوجوبها، إذا كان ممن لا يجهل مثله ذلك فإن كان ممن لا يعرف الوجوب كحديث الإسلام والناشئ بغير دار الإسلام أو بادية بعيدة عن الأمصار وأهل العلم لم يحكم بكفره وعرف ذلك وتثبت له أدلة وجوبها فإن جحدها بعد ذلك كفر، وأما إذا كان الجاحد لها ناشئاً في الأمصار بين أهل العلم فإنه يكفر بمجرد جحدها، وكذلك الحكم في مباني الإسلام وهي الزكاة والصيام والحج؛ لأنها مباني الإسلام وأدلة وجوبها لا تكاد يخفى إذ كان الكتاب والسنة مشحونين بأدلتها والإجماع منعقد عليها فلا يجحدها إلا معاند للإسلام ممتنع من التزام الأحكام غير قابل لكتاب الله ولا سنة رسوله ولا إجماع أمته.

مسألة: (**وذبيحة المرتد حرام وإن كانت ردته إلى دين أهل الكتاب**).

وهذا قول أبي حنيفة وأصحابه ومالك والشافعي؛ لأنه كافر لا يقر على دينه فلم تحل ذبيحته كالوثني.

ولأنه لا تثبت له أحكام أهل الكتاب إذا تدين بدينهم فإنه لا يقر بالجزية ولا يسترق ولا يحل نكاح المرتدة.

إذا ثبت هذا فإنه إذا ذبح حيواناً لغيره بغير إذنه ضمنه بقيمته حياً؛ لأنه أتلفه عليه وحرمه وإن ذبحه بإذنه لم يضمنه؛ لأنه أذن في إتلافه.

مسألة: (**والصبي إذا كان له عشر سنين وعَقَلَ الإسلام فهو مسلم**).

أما الصبي فيصح إسلامه في الجملة وبهذا قال أبو حنيفة وصاحباه.

وقال الشافعي وزفر : لا يصح إسلامه حتى يبلغ ؛ لقوله عليه السلام : «رفع القلم عن ثلاثة : عن الصبي حتى يبلغ»[1] . حديث حسن .

ولأنه قول يثبت به الأحكام فلم يصح من الصبي كالهبة .

ولأنه أحد من رفع القلم عنه فلم يصح إسلامه كالمجنون والنائم .

ولأنه ليس بمكلف أشبه الطفل .

ولنا عموم قوله عليه السلام : «من قال : لا إله إلا الله دخل الجنة»[2] ، وقوله : «أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله ، فإذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم إلا بحقها وحسابهم على الله»[3] .

وقال عليه السلام : «كل مولود يولد على الفطرة فأبواه يُهوِّدانه وينصِّرانه ، حتى يعرب عنه لسانه . إما شاكرًا وإما كفورًا»[4] وهذه الأخبار يدخل في عمومها الصبي .

ولأن الإسلام عبادة محضة فصحت من الصبي العاقل كالصلاة والحج .

ولأن الله دعا عباده إلى دار الإسلام وجعل طريقها الإسلام وجعل من لم يجب دعوته في الجحيم والعذاب الأليم فلا يجوز منع الصبي من إجابة دعوة الله مع إجابته إليها وسلوكه طريقها ولا إلزامه بعذاب الله والحكم عليه بالنار وسد طريق النجاة عليه مع هربه منها .

ولأن ما ذكرنا إجماع فإن علياً رضي الله عنه أسلم صبياً وقال :

سبقتكم إلى الإسلام طرًا　　　صبيًا ما بلغت أوان حلمي

---

(١) سبق تخريجه ص: ٢٤٦.

(٢) أخرجه الطبراني في المعجم الكبير (٦٣٤٨) ٧: ٤٨. وأصله عند البخاري بلفظ: «ما من عبد قال: لا إله إلا الله ثم مات على ذلك إلا دخل الجنة... » (٥٤٨٩) ٥: ٢١٩٣ كتاب اللباس ، باب الثياب البيض.
وأخرجه مسلم في صحيحه (٩٤) ١: ٩٤ كتاب الإيمان ، باب من مات لا يشرك بالله شيئاً دخل الجنة...

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٥) ١ : ١٧ كتاب الإيمان ، باب ﴿فإن تابوا وأقاموا الصلاة وآتوا الزكاة فخلوا سبيلهم﴾.
وأخرجه مسلم في صحيحه (٢٢) ١ : ٥٣ كتاب الإيمان ، باب الأمر بقتال الناس حتى يقولوا : لا إله إلا الله محمد رسول الله...

(٤) أخرجه أحمد في مسنده (١٤٧٩٩) ٣ : ٣٥٣ عن الحسن عن جابر.

ولهذا قيل: أول من أسلم من الرجال أبو بكر ومن الصبيان علي ومن النساء خديجة ومن العبيد بلال.

وقال عروة: أسلم علي والزبير وهما ابنا ثماني سنين وبايع النبي ﷺ ابن الزبير لسبع سنين أو ثمان سنين ولم يرد النبي عليه السلام على أحد إسلامه من صغير ولا كبير.

وأما قوله: «رُفع القلم عن ثلاثة»[1] فلا حجة لهم فيه فإن هذا يقتضي أن لا يكتب عليه ذلك والإسلام يكتب له لا عليه ويسعد به في الدنيا والآخرة فهو كالصلاة تصح منه وتكتب له وإن لم تجب عليه وكذلك غيرها من العبادات المحضة.

فإن قيل: فالإسلام يوجب الزكاة عليه في ماله ونفقة قريبه المسلم ويحرمه ميراث قريبه الكافر ويفسخ نكاحه.

قلنا: أما الزكاة فإنها نفع؛ لأنها سبب الزيادة والنماء وتحصين المال والثواب.

وأما الميراث والنفقة فأمر متوهم وهو مجبور بميراثه من أقاربه المسلمين وسقوط نفقة أقاربه الكفار. ثم إن هذا الضرر مغمور في جنب ما يحصل له من سعادة الدنيا والآخرة وخلاصه من شقاء الدارين والخلود في الجحيم فينزل منزلة الضرر في أكل القوت المتضمن فوت ما يأكله وكلفة تحريك فيه لما كان بقاؤه به لم يعد ضرراً والضر في مسألتنا في جنب ما يحصل من النفع أدنى من ذلك بكثير.

إذا ثبت هذا فإن الخرقي اشترط لصحة إسلامه شرطين:

أحدهما: أن يكون له عشر سنين؛ لأن النبي عليه السلام أمر بضربه على الصلاة لعشر.

والثاني: أن يعقل الإسلام ومعناه أن يعلم أن الله ربه لا شريك له وأن محمداً عبده ورسوله وهذا لا خلاف في اشتراطه فإن الطفل الذي لا يعقل لا يتحقق منه

---

(١) سبق تخريجه ص: ٢٤٦.

اعتقاد الإسلام وإنما كلامه لقلقة بلسانه لا يدل على شيء. وأما اشتراط العشر فإن أكثر المصححين لإسلامه لم يشترطوا ذلك و لم يحدوا له حداً من السن حكاه ابن المنذر عن أحمد ؛ لأن المقصود متى حصل لا حاجة إلى زيادة عليه .

وروي عن أحمد إذا كان له سبع سنين فإسلامه إسلام وذلك لأن النبي ﷺ قال : «مروهم بالصلاة لسبع»[1] فدل على أن ذلك حد لأمرهم وصحة عباداتهم فيكون حداً لصحة إسلامهم .

وقال ابن أبي شيبة : إذا أسلم وهو ابن خمس سنين جعل إسلامه إسلاماً ولعله يقول : إن علياً أسلم وهو ابن خمس ؛ لأنه قد قيل إنه مات وهو ابن ثماني وخمسين .

فعلى هذا يكون إسلامه وهو ابن خمس ؛ لأن مدة النبي عليه السلام منذ بُعث إلى أن مات ثلاث وعشرون سنة وعاش علي بعده ثلاثين سنة فذلك ثلاث وخمسون فإذا ضممت إليها خمساً كانت ثمانياً وخمسين .

وقال أبو أيوب : أجيز إسلام ابن ثلاث سنين من أصاب الحق من صغير أو كبير أجزناه وهذا لا يكاد يعقل الإسلان ولا يدري ما يقول؟ ولا يثبت لقوله حكم فإن وجد ذلك منه ودلت أحواله وأقواله على معرفته الإسلام وعلقه إياه صح منه كغيره .

مسألة : (**فإن رجع وقال : لم أدر ما قلت لم يلتفت إلى قوله وأجبر على الإسلام**) .

أما إذا أسلم الصبي وحكمنا بصحة إسلامه لمعرفتنا بعقله بأدلته فرجع وقال : لم أدر ما قلت لم[2] يقبل قوله و لم يبطل إسلامه الأول .

وعن أحمد أنه يقبل منه ولا يجبر على الإسلام . قال أبو بكر : هذا قول محتمل ؛ لأن الصبي في مظنة النقص فيجوز أن يكون صادقاً . قال : والعمل على

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٤٩٤) ١: ١٣٣ كتاب الصلاة، باب متى يؤمر الغلام بالصلاة.
وأخرجه أحمد في مسنده (٦٦٨٩) ٢: ١٨٠.

(٢) زيادة من المغني ١٠: ٩١.

الأول ؛ لأنه قد ثبت عقله للإسلام ومعرفته به بأفعاله أفعال العقلاء وتصرفاته تصرفاتهم وتكلمه بكلامهم وهذا يحصل به معرفة عقله ولهذا اعتبرنا رشده بعد بلوغه بأفعاله وتصرفاته وعرفنا جنون المجنون وعقل العاقل بما يصدر عنه من أفعاله وأقواله وأحواله فلا يزول ما عرفناه بمجرد دعواه وهكذا كل من تلفظ بالإسلام أو أخبر عن نفسه به ثم أنكر معرفته بما قال لم يقبل إنكاره وكان مرتداً نص عليه أحمد في مواضع .

إذا ثبت هذا فإنه إذا ارتد صحت ردته وبهذا قال أبو حنيفة وهو الظاهر من مذهب مالك ، وعند الشافعي لا يصح إسلامه ولا ردته . وعن أحمد مثله ، وعن أحمد أيضاً يصح إسلامه ولا تصح ردته ؛ لقوله عليه السلام : « رفع القلم عن ثلاثة : عن الصبي حتى يبلغ »[1] وهذا يقتضي أن لا يكتب عليه ذنب ولا شيء ولو صحت ردته لكتبت عليه .

وأما الإسلام فلا يكتب عليه إنما يكتب له .

ولأن الردة أمر يوجب القتل فلم يثبت حكمه في حق الصبي كالزنا .

ولأن الإسلام إنما صح منه ؛ لأنه محض مصلحة أشبه الوصية والتدبير والردة تمحضت مضرة ومفسدة فلم يلزم صحتها منه ، فعلى هذا حكمه حكم من لم يرتد فإذا بلغ فإن أصر على الكفر كان مرتداً حينئذ .

مسألة : **(ولا يقتل حتى يبلغ ويجاوز بعد بلوغه ثلاثة أيام فإن ثبت على كفره قتل)** .

أما الصبي فلا يقتل سواء قلنا بصحة ردته أو لم نقل ؛ لأن الغلام لا تجب عليه عقوبة بدليل أنه لا يتعلق به حكم الزنا والسرقة وسائر الحدود ولا يقتل قصاصاً فإذا بلغ وثبت على ردته ثبت حكم الردة حينئذ فيستتاب ثلاثاً فإن تاب وإلا قتل سواء قلنا أنه كان مرتداً قبل بلوغه أو لم نقل وسواء كان مسلماً أصلياً فارتد أو كان كافراً فأسلم صبياً ثم ارتد .

---

(١) سبق تخريجه ص: ٢٤٦.

مسألة : **(وإذا ارتد الزوجان ولحقا بدار الحرب لم يجز عليهما ولا على أحد من أولادهما ممن كانوا قبل الردة رق)** .

* أما الرق فلا يجري على المرتد سواء كان رجلاً أو امرأة وسواء لحق بدار الحرب أو أقام بدار الإسلام وبهذا قال الشافعي لقوله عليه السلام : «من بدَّل دينه فاقتلوه»[1] .

ولأنه لا يجوز إقراره على كفره فلم يجز استرقاقه كالرجل ، وأما أولاد المرتدين فإن كانوا ولدوا[2] قبل الردة فإنهم محكوم بإسلامهم تبعاً لآبائهم ولا يتبعونهم في الردة ؛ لأن الإسلام يعلو وقد يتبعونهم في الإسلام ولا يتبعونهم في الكفر فلا يجوز استرقاقهم صغاراً ؛ لأنهم مسلمون ولا كباراً ؛ لأنهم ثبتوا على إسلامهم بعد كفرهم فهم مسلمون وإن كفروا فهم مرتدون حكمهم حكم آبائهم في الاستتابة وتحريم الاسترقاق . وأما من حدث بعد الردة فهو محكوم بكفره ؛ لأنه ولد بين أبوين كافرين ويجوز استرقاقه ؛ لأنه ليس بمرتد نص عليه أحمد وهو ظاهر كلام الخرقي وأبي بكر . قال صاحب المغني : ويحتمل أن لا يجوز استرقاقهم ؛ لأن آبائهم لا يجوز استرقاقهم ولا يقرون بالجزية ولا يقرون بالاسترقاق وهذا مذهب الشافعي .

ولنا أنهم لم يثبت لهم حكم الإسلام فجاز استرقاقهم كولد الحربيين بخلاف آبائهم .

فعلى هذا إذا وقع في الأسر بعد لحوقه بدار الحرب فحكمه حكم سائر أهل الحرب وإن كان في دار الإسلام لم يقر بالجزية وكذلك لو بذل الجزية بعد لحوقه بدار الحرب لم يقر بها ؛ لأنها انتقل إلى الكفر بعد نزول القرآن وأما من كان حملاً حال ردته أبويه فظاهر كلام الخرقي أنه كالحادث بعد كفره ؛ لأن أكثر الأحكام إنما تتعلق به بعد الوضع فكذلك هذا الحكم .

---

(١) سبق تخريجه ص: ٣٨١.

(٢) في الأصل: ولد، وما أثبتناه من المغني ١٠: ٩٣.

مسألة : **(ومن امتنع منهما أو من أولادهما الذين وصفت من الإسلام بعد البلوغ استتيب ثلاثاً فإن لم يتب قتل)** .

قوله : الذين وصفت يعني الذين ولدوا قبل الردة فإنهم محكوم بإسلامهم فلا يسترقون ومتى قدر على الزوجين أو على أولادهما استتيب من كان منهم بالغاً عاقلاً فإن لم يتب قتل ومن كان غير بالغ انتظر بلوغه ثم استتيب فإن لم يتب قتل وينبغي أن يحبس حتى لا يهرب .

مسألة : **(ومن أسلم من الأبوين كان أولاده الأصاغر تبعاً له)** .

وبهذا قال الشافعي ؛ لأن الولد يتبع أبويه في الدين فإذا اختلفا وجب أن يتبع المسلم منهما كولد المسلم من الكتابية .

ولأن الإسلام يعلو ولا يعلى ويترجح الإسلام بأشياء : منها : أنه دين الله الذي رضيه لعباده وبعث به رسله دعاة لخلقه إليه .

ومنها : أنه تحصل به الشهادة في الدنيا والآخرة ويتخلص به في الدنيا من القتل والاسترقاق وأداء الجزية وفي الآخرة من سخط الله وعذابه .

ومنها : أن الدار دار الإسلام يحكم بإسلام لقيطها ومن لا يعرف حاله فيها وإذا كان محكوماً بإسلامه أجبر عليه إذا امتنع منه بالقتل كولد المسلمين .

ولأنه مسلم فإذا رجع في إسلامه وجب قتله لقوله عليه السلام : «من بدّل دينه فاقتلوه»[1] وبالقياس[2] على غيره .

مسألة : **(وكذلك من مات من الأبوين على كفره قسم له الميراث وكان مسلماً بموت من مات منهما)** .

يعني إذا مات أحد أبوي الولد الكافرين صار الولد مسلماً بموته وقسم له الميراث وأكثر الفقهاء على أنه لا يحكم بإسلامه بموتهما ولا موت أحدهما ؛ لأنه يثبت كفره تبعاً ولم يوجد منه إسلام ولا ممن هو تابع له فوجب إبقاؤه على ما كان عليه .

(١) سبق تخريجه ص: ٣٨١.

(٢) في الأصل: بالقياس، وما أثبتناه من المغني ١٠: ٩٦.

ولأنه لم ينقل عن النبي ﷺ ولا عن أحد من خلفائه أنه أجبر أحداً من أهل الذمة على الإسلام بموت أبيه مع أنه لم يخل زمنهم عن موت بعض أهل الذمة عن يتيم.

ولنا قول النبي عليه السلام : «كل مَولُود يُولد على الفِطْرَة . فأبواهُ يُهوِّدانه ، وينصِّرانه ، ويمجِّسانه»[1] متفق عليه .

فجعل كفره بفعل أبويه فإذا مات أحدهما انقطعت التبعية فوجب إبقاؤه على الفطرة التي ولد عليها ، وأن المسألة مفروضة فيمن مات أبوه في دار الإسلام وقضية الدار الحكم بإسلام أهلها ولذلك حكمنا بإسلام لقيطها وإنما ثبت الكفر للطفل الذي له أبوان فإذا عدما أو أحدهما وجب إبقاؤه على حكم الدار لانقطاع تبعيته لمن يكفر بها ، وإنما قسم له الميراث ؛ لأن إسلامه إنما ثبت بموت أبيه الذي استحق به الميراث فهو سبب لهما فلم يتقدم الإسلام المانع من الميراث على استحقاقه .

ولأن الحرية المعلقة بالموت لا توجب الميراث فيما إذا قال سيد العبد له : إذا مات أبوك فأنت حر فمات أبوه فإنه يعتق ولا يرث فيجب أن يكون الإسلام المعلق بالموت لا يمنع الميراث وهذا فيما إذا كان في دار الإسلام ؛ لأنه متى انقطعت تبعيته لأبويه أو أحدهما ثبت له حكم الدار ، فأما دار الحرب فلا يحكم بإسلام ولد الكافرين فيها بموتهما ولا موت أحدهما ؛ لأن الدار لا يحكم بإسلام أهلها ولذلك لم يحكم بإسلام لقيطها .

مسألة : (**ومن شُهِدَ عليه بالردة فقال : ما كفرتُ . فإن شهد أن لا إله إلا الله وأن محمداً رسول الله لم يُكْشَفْ عن شيء**) .

الكلام في هذه المسألة في حكمين :

أحدهما : أنه إذا شهد عليه بالردة من تثبت الردة بشهادته فأنكر لم يقبل إنكاره واستتيب فإن تاب وإلا قتل وحكي عن بعض أصحاب أبي حنيفة أن

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (١٢٩٣) ١ : ٤٥٦ كتاب الجنائز ، باب إذا أسلم الصبي فمات هل يُصلى عليه...

وأخرجه مسلم في صحيحه (٢٦٥٨) ٤ : ٢٠٤٧ كتاب القدر، باب معنى كل مولود يولد على الفطرة...

إنكاره يكفي في الرجوع إلى الإسلام ولا يلزمه النطق بالشهادة ؛ لأنه لو أقر بالكفر ثم أنكره قبل منه ولم يكلف الشهادتين كذا هاهنا .

ولنا ما روى الأثرم بإسناده عن علي «أنه أُتي برجل عربي قد تنصَّر فاستتابه فأبى أن يتوب فقتله . وأُتي برهط يصلون وهم زنادقة وقد قامت عليهم بذلك الشهود العدول ، فجحدوا وقالوا : ليس لنا دين إلا الإسلام فقتلهم ولم يستتبهم . ثم قال : أتدرون لم استتبت النصراني ؟ استتبته ؛ لأنه أظهر دينه ، وأما الزنادقة الذين قامت عليهم البينة فإنما قتلتهم ؛ لأنهم جحدوا ، وقد قامت عليهم البينة» .

ولأنه قد ثبت كفره فلم يحكم بإسلامه بدون الشهادتين كالكافر الأصلي .

ولأن إنكاره تكذيب للبينة فلم يسمع كسائر الدعاوى ، وأما إذا أقر بالكفر ثم أنكر فيحتمل أن نقول فيه كمسألتنا وإن سلمنا فالفرق بينهما أن الحد وجب بقوله فقبل رجوعه عنه وما ثبت بالبينة لم يثبت بقوله فلا يقبل رجوعه عنه كالزنا لو ثبت بقوله فرجع كف عنه وإن ثبت ببينة لم يقبل رجوعه .

الحكم الثاني : أنه إذا ثبتت ردته بالبينة أو غيرها فشهد أن لا إله إلا الله وأن محمداً رسول الله لم يكشف عن صحة ما شهد عليه به وخلي سبيله ولا يكلف الإقرار بما نسب إليه ؛ لقوله عليه السلام : «أُمرتُ أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله ، فإذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم إلا بحقها وحسابهم على الله»[1] متفق عليه .

ولأن هذا يثبت به إسلام الكافر الأصلي فكذلك إسلام المرتد ولا حاجة مع ثبوت إسلامه إلى الكشف عن صحته ردته ، وكلام الخرقي محمول على من كفر بجحد الوحدانية أو جحد رسالة محمد ﷺ أو جحدهما معاً ، وأما من كفر بغير هذا فلا يحصل إسلامه إلا بالإقرار بما جحده ومن أقر برسالة محمد عليه السلام وأنكر كونه مبعوثاً إلى العالمين لا يثبت إسلامه حتى يشهد أن محمداً رسول الله إلى الخلق أجمعين أو يتبرأ مع الشهادتين من كل دين يخالف الإسلام وإن زعم أن

(1) سبق تخريجه ص: ٣٨٧.

محمداً رسول مبعوث بعد غير هذا لزمه الإقرار بأن هذا المبعوث هو رسول الله ؛ لأنه إذا اقتصر على الشهادتين احتمل أنه أراد ما اعتقده ، وإن ارتد بجحود فرض لم يسلم حتى يقر بما جحده ويعيد الشهادتين ؛ لأنه كذب الله ورسوله بما اعتقده ، وكذلك إن جحد نبياً أو آية من كتاب الله أو كتاباً من كتبه أو ملكاً من ملائكته الذين ثبت أنهم ملائكة الله ، أو استباح محرماً فلا بد في إسلامه من الإقرار بما جحده . وأما الكافر بجحد الدين من أصله إذا شهد أن محمداً رسول الله واقتصر على ذلك ففيه روايتان :

أحدهما : يحكم بإسلامه ؛ لأنه روي «أن يهودياً قال : أشهد أن محمداً رسول الله ثم مات فقال النبي عليه السلام : صلوا على صاحبكم»[1] .

ولأنه لا يقر برسالة محمد ﷺ إلا وهو مقر بمن أرسله وبتوحيده ؛ لأنه صدق النبي ﷺ فيما جاء به وقد جاء بتوحيده .

والثانية : أنه إن كان مقراً بالتوحيد كاليهود حكم بإسلامه ؛ لأن توحيد الله ثابت في حقه وقد ضم إليه الإقرار برسالة محمد عليه السلام فكمل إسلامه ، وإن كان غير موحد كالنصارى والمجوس والوثنيين لم يحكم بإسلامه حتى يشهد أن لا إله إلا الله ، وبهذا جاءت أكثر الأخبار وهو الصحيح ؛ لأن من جحد شيئين لا يزول جحدهما إلا بإقراره بهما جميعاً ، وإن قال : أشهد أن النبي رسول الله لم يحكم بإسلامه ؛ لأنه يحتمل أن يريد غير نبينا .

مسألة : (ومن ارتد وهو سكران لم يقتل حتى يفيق وتتم له ثلاثة أيام من وقت ردته فإن مات في سكره مات كافراً) .

اختلفت الرواية عن أحمد رضي الله عنه في ردة السكران فروي عنه أنها تصح . قال أبو الخطاب : وهو أظهر الروايتين عنه وهو مذهب الشافعي ،

---

(١) لم أقف عليه هكذا. وأصله في صحيح البخاري بلفظ: «كان غلام يهودي يخدم النبي ﷺ فمرض فأتاه النبي ﷺ يعوده فقعد عند رأسه فقال: له أسلم فنظر إلى أبيه وهو عنده فقال له: أطع أبا القاسم ﷺ فأسلم فخرج النبي ﷺ وهو يقول الحمد لله الذي أنقذه من النار» (١٢٩٠) ١: ٤٥٥ كتاب الجنائز ، باب إذا أسلم الصبي فمات...

وعنه لا تصح وهو قول أبي حنيفة ؛ لأن ذلك يتعلق بالاعتقاد والقصد والسكران لا يصح عقده فأشبه المعتوه .

ولأنه زائل العقل فلم تصح ردته كالنائم .

ولأنه غير مكلف فلم تصح ردته كالمجنون . والدليل على أنه غير مكلف أن العقل شرط في التكليف وهو معدوم في حقه ولهذا لم تصح استتابته .

ولنا أن الصحابة قالوا في السكران : إذا سكر هذى ، وإذا هذى افترى ، فحدوه حد المفتري فأوجبوا عليه حد الفرية التي يأتي بها في سكره وأقاموا مظنتها مقامها .

ولأنه يصح طلاقه فصحت ردته كالصاحي ، وقولهم ليس بمكلف ممنوع فإن الصلاة واجبة عليه وكذلك سائر أركان الإسلام ويأثم بفعل المحرمات وهذا معنى التكليف .

ولأن السكران لا يزول عقله بالكلية ولهذا يتقي المحذورات ويفرح بما يسره ويساء بما ضره ويزول سكره عن قرب من الزمان فأشبه الناعس بخلاف النائم والمجنون وأما استتابته فتؤخر إلى حين صحوه ليكمل عقله ويفهم ما يقال له وتزال شبهته إن كان قد قال الكفر معتقداً له كما تؤخر استتابته إلى حين زوال شدة عطشه وجوعه ويؤخر الصبي إلى حين بلوغه وكمال عقله .

ولأن القتل جعل للزجر ولا يحصل الزجر في حال سكره وإن قتله قاتل في حال سكره لم يضمنه ؛ لأن عصمته زالت بردته وإن مات أو قتل لم ترثه ورثته ولا يقتله حتى تتم له ثلاثة أيام ابتداؤها من حين ارتد ، فإن استمر سكره أكثر من ثلاثة أيام لم يقتل حتى يصحو ثم يستتاب عقيب صحوه فإن تاب وإلا قتل في الحال وإن أسلم في سكره صح إسلامه ثم يسأل بعد صحوه فإن ثبت على إسلامه فهو مسلم من حين أسلم ؛ لأن إسلامه صحيح وإن كفر فهو كافر من الآن ؛ لأن إسلامه صح وإنما يسأل استظهاراً وإن مات بعد إسلامه في سكره مات مسلماً . والله أعلم .

كتاب الحدود

الزنا حرام وهو من الكبائر العظام بدليل قول الله تعالى : ﴿ولا تقربوا الزنى إنه كان فاحشة وساء سبيلا﴾ [الإسراء:٣٢] . وقال : ﴿والذين لا يَدْعون مع الله إلهاً آخر ولا يقتلون النفس التي حرم الله إلا بالحق ولا يزنون ومن يفعل ذلك يلق أثامًا ۝ يضاعفْ له العذاب يوم القيامة ويخلد فيه مهانا﴾ [الفرقان:٦٨-٦٩] .

وروى عبدالله بن مسعود قال : « سألت رسول الله ﷺ أيّ الذنب أعظم ؟ قال : أن تجعلَ لله نداً وهو خلقك . قال : قلت : ثم أيّ؟ قال : أن تقتلَ ولدكَ مخافةَ أن يَطعَمَ معك . قال : قلت : ثم أيّ ؟ قال : أن تزني بحليلةِ جارك »[1] متفق عليه .

مسألة : قال أبو القاسم رحمه الله : **(وإذا زنى الحر المحصن أو الحرة المحصنة جُلدا ورُجما حتى يمُوتا ، في إحدى الروايتين عن أبي عبدالله . والرواية الأخرى : يُرجمان ولا يُجلدان)** .

هذه المسألة تشتمل على ثلاثة أحكام :

أحدها : في وجوب الرجم على الزاني المحصن سواء كان رجلاً أو امرأة وهذا قول عامة أهل العلم من الصحابة والتابعين ومن بعدهم من علماء الأمصار في جميع الأعصار ولا نعلم فيه مخالفاً إلا الخوارج فإنهم قالوا الجلد للبكر والثيب لقوله تعالى : ﴿الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة﴾ [النور:٢] ، وقالوا : لا يجوز ترك كتاب الله الثابت بطريق القطع واليقين لأخبار آحاد يجوز الكذب فيها .

ولأن هذا يفضي إلى نسخ الكتاب بالسنة وهو غير جائز .

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٤٢٠٧) ٤: ١٦٢٦ كتاب تفسير القرآن، باب قوله تعالى: ﴿فلا تجعلوا لله أنداداً وأنتم تعلمون﴾.

وأخرجه مسلم في صحيحه (٨٦) ١: ٩٠ كتاب الإيمان، باب كون الشرك أقبح الذنوب وبيان أعظمها بعده.

ولنا أنه قد ثبت الرجم عن رسول الله ﷺ بقوله وفعله في أخبار تشبه المتواتر ، وأجمع عليه أصحاب رسول الله ﷺ على ما سنذكره في أثناء الكتاب في مواضعه إن شاء الله تعالى . وقد أنزله الله في كتابه . وإنما نسخ رسمه دون حكمه ، فروي عن عمر بن الخطاب أنه قال : « إن الله بعث محمداً ﷺ بالحق ، وأنزل عليه الكتاب . فكان فيما أنزل عليه آية الرجم ، فقرأتها وعقلتها ووعيتها . ورجم رسول الله ﷺ ورجمنا بعده . فأخشى إن طال بالناس زمان أن يقول قائل : ما نجد الرجم في كتاب الله فيضلوا بترك فريضة أنزلها الله . فالرجم حق على من زنا إذا أحصن من الرجال والنساء إذا قامت البينة ، أو كان الحبل ، أو الاعتراف . وقد قرأ بها : الشيخ والشيخة إذا زنيا فارجموهما البتة نكالاً من الله والله عزيز حكيم »[1] متفق عليه .

وأما آية الجلد فنقول بها فإن الزاني يجب جلده فإن كان ثيباً رجم مع الجلد والآية لم تتعرض لنفيه وإلى هذا أشار علي عليه السلام حين جلد شراحة[2] ثم رجمها وقال : « جلدتها بكتاب الله ثم رجمتها بسنة رسول الله »[3] ثم لو قلنا : إن الثيب لا يجلد لكان هذا تخصيصاً للآية العامة وهذا سائغ بغير خلاف فإن عمومات القرآن في الآيات كلها مخصصة . وقولهم أن هذا نسخ ليس بصحيح إنما هو تخصيص ، ثم لو كان نسخاً لكان نسخاً بالآية التي ذكرها عمر رضي الله عنه .

الحكم الثاني : أنه يجلد ثم يرجم في إحدى الروايتين فعل ذلك علي وبه قال ابن عباس وأبي بن كعب وأبو ذر ذكر ذلك عبدالعزيز عنهم واختاره وبه قال الحسن وإسحاق وداود وابن المنذر .

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٦٤٤٢) ٦: ٢٥٠٣ كتاب الحدود ، باب رجم الحبلى من الزنا إذا أحصنت. وأخرجه مسلم في صحيحه (١٦٩١) ٣: ١٤١٧ كتاب الحدود ، باب رجم الثيب في الزنا.

(٢) في الأصل: سراحة. وما أثبتناه من المغني ١٠: ١٢١. وهكذا وردت في الأصل في المواضع التالية.

(٣) حديث شراحة أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٤: ١٩ كتاب الجنائز ، باب الصلاة على من قتله الحدود.

والرواية الثانية : يرجم ولا يجلد روي عن عمر وعثمان أنهما رجما ولم يجلدا ، وروي عن ابن مسعود أنه قال : «إذا اجتمع حدان فيهما القتل ، أحاط القتل بذلك» .

وبهذا قال أبو حنيفة ومالك والشافعي ، واختاره أبو إسحاق الجوزجاني وأبو بكر الأثرم ونصراه في سننهما ؛ لأن جابراً روى أن النبي ﷺ رجم ماعزاً ولم يجلده[1] ، ورجم الغامدية ولم يجلدها وقال : «واغدُ يا أنيسُ إلى امرأةِ هذا فإن اعترفتْ فارجمها»[2] متفق عليه ولم يأمره بجلدها .

وكان هذا آخر الأمرين من رسول الله ﷺ فوجب تقديمه .

قال الأثرم : سمعت أبا عبدالله يقول في حديث عبادة : إنه أول حد نزل وأن حديث ماعز بعده رجمه رسول الله ﷺ ولم يجلده ، وعمر رجم ولم يجلد ، ونقل عنه إسماعيل بن سعيد نحو هذا .

ولأنه حد فيه قتل . فلم يجتمع معه جلد كالردة .

ولأن الحدود إذا اجتمعت وفيها قتل سقط ما سواه فالحد الواحد أولى .

ووجه الرواية الأولى وهي أصح قوله تعالى : ﴿الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة﴾ [النور :٢] ، وهذا عام ثم جاءت السنة بالرجم في حق الثيب والتغريب في حق البكر فوجب الجمع بينهما وإلى هذا أشار علي بقوله : جلدتها بكتاب الله ورجمتها بسنة رسول الله ﷺ ، وقد صرح النبي ﷺ بقوله في حديث عبادة : «والثيب بالثيب الجلد والرجم»[3] وهذا الصريح الثابت بيقين لا يترك إلا بمثله ، والأحاديث الباقية ليست صريحة فإنه ذكر الرجم ولم يذكر الجلد فلا يعارض به الصريح بدليل أن التغريب يجب بذكره في هذا الحديث وليس بمذكور في الآية .

ولأنه زان فيجلد كالبكر .

---

(١) حديث رجم ماعز سيأتي تخريجه ص: ٤٠٣.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٥٧٥) ٢: ٩٧١ كتاب الشروط، باب الشروط التي لا تحل في الحدود.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٦٩٧) ٣: ١٣٢٤ كتاب الحدود، باب من اعترف على نفسه بالزنى.

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه (١٦٩٠) ٣ : ١٣١٦ كتاب الحدود ، باب حد الزنى.

ولأنه قد شرع في حق البكر عقوبتان الجلد والتغريب فيشرع في حق المحصن أيضاً عقوبتان الجلد والرجم فيكون الرجم مكان التغريب.

فعلى هذه الرواية يبدأ بالجلد أولاً ثم يرجم فإن والى بينهما جاز؛ لأن إتلافه مقصود فلا تضر الموالاة بينهما وإن جلده يوماً ورجمه في آخر جاز «فإن علياً جلد شراحة يوم الخميس ثم رجمها يوم الجمعة ثم قال: جلدتها بكتاب الله ثم رجمتها بسنة رسول الله ﷺ»[1].

الحكم الثالث: أن الرجم لا يجب إلا على المحصن بإجماع أهل العلم وفي حديث عمر: «إن الرجم حق على من زنا وقد أحصن»[2].

وقال عليه السلام: «لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث -ذكر منها: أو زنا بعد إحصان»[3].

فصل

وللإحصان شروط سبعة:

أحدها: الوطء في القبل ولا خلاف في اشتراطه؛ لأن النبي عليه السلام قال: «الثيبُ بالثيبِ الجلدُ والرجم»[4]، والثيابة تحصل بالوطء في القبل فوجب اعتباره ولا خلاف في أن عقد النكاح الخالي عن الوطء لا يحصل به إحصان سواء حصلت فيه خلوة أو وطء فيما دون الفرج أو في الدبر أو لم يحصل شيء من ذلك؛ لأن هذا لا تصير به المرأة ثيباً ولا بد من أن يكون وطءاً حصل به تغييب الحشفة في الفرج؛ لأن ذلك حد الوطء الذي تتعلق به أحكام الوطء.

---

(١) سبق تخريجه ص: ٣٩٨.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٦٤٤١) ٦: ٢٥٠٣ كتاب المحاربين، باب رجم الحبلى من الزنا إذا أحصنت. وأخرجه مسلم في صحيحه (١٦٩١) ٣: ١٤١٧ كتاب الحدود، باب رجم الثيب في الزنا.

(٣) أخرجه أبو داود في سننه (٤٥٠٢) ٤: ١٧٠ كتاب الديات، باب الإمام يأمر بالعفو في الدم. وأخرجه الترمذي في جامعه (٢١٥٨) ٤: ٤٦٠ كتاب الفتن، باب ما جاء لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث.

(٤) سبق تخريجه ص: ٣٩٩.

الثاني : أن يكون في نكاح ؛ لأن النكاح يسمى إحصاناً بدليل قوله تعالى : ﴿والمحصنات من النساء﴾ [النساء:٢٤] يعني : المتزوجات . ولا خلاف بين أهل العلم في أن الزنا ووطء الشبهة لا يصير به الواطئ محصنًا ولا نعلم خلافاً في أن التسري لا يحصل به الإحصان لواحد منهما لكونه ليس بنكاح ولا تثبت فيه أحكامه .

الثالث : أن يكون النكاح صحيحًا ، وهذا قول أكثر أهل العلم منهم أبو حنيفة وأصحابه ومالك والشافعي فإن دعي إلى نكاح فاسد فليس بمحصن ؛ لأنه وطء في غير ملك . فلم يحصل به الإحصان ؛ كوطء الشبهة .

الرابع : الحرية ؛ وهي شرط في قول أكثر أهل العلم . وقال أبو ثور : العبد والأمة هما محصنان يرجمان إذا زنيا زنيا إلا أن يكون إجماع يخالف ذلك ، وحكي عن الأوزاعي في العبد تحته حرة هو محصن إذا زنا يرجم وإن كان تحته أمة لم يرجم وهذا قول يخالف النص والإجماع فإن الله تعالى قال : ﴿فإن أتين بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب﴾ [النساء:٢٥] والرجم لا يتنصف ، وإيجابه كله يخالف النص مع مخالفة الإجماع المنعقد قبله إلا أن يكون إذا عتقا بعد الإصابة فهذا فيه اختلاف وقد وافق الأوزاعي على أن العبد إذا وطئ الأمة ثم عتقا لم يصيرا محصنين وهو قول الجمهور .

الخامس : العقل .

السادس : البلوغ فلو وطئ وهو صبي أو مجنون ثم بلغ أو عقل لم يكن محصنًا وهذا قول أكثر أهل العلم وبه قال الشافعي ؛ لقوله عليه السلام : «والثيب بالثيب جلد مائة والرجم»[1] فاعتبر الثيوبة خاصة ، ولو كانت تحصل قبل ذلك لكان يجب عليه الرجم قبل بلوغه وعقله . وهو خلاف الإجماع .

---

(١) سيأتي تخريجه ص: ٣٩٩.

السابع: أن يوجد الكمال فيهما جميعاً حال الوطء فيطأ الرجل العاقل الحر امرأة عاقلة حرة، وهذا قول أبي حنيفة وأصحابه. وقال مالك: إذا كان أحدهما كاملاً صار محصناً إلا الصبي إذا وطئ الكبيرة لم يحصنها.

ولنا أنه وطء لم يحصن أحد المتواطئين فلم يحصن الآخر كالتسري.

ولأنه متى كان أحدهما ناقصاً لم يكمل الوطء فلا يحصل به الإحصان كما لو كانا غير كاملين.

ولا يشترط الإسلام في الإحصان وبهذا قال الزهري والشافعي.

فعلى هذا يكون الذميان محصنين وإن تزوج المسلم ذمية فوطئها صارا محصنين. وعن أحمد أن الذمية لا تحصن المسلم، وبه قال أبو حنيفة؛ لأن ابن عمر روى أن النبي ﷺ قال: «من أشرك با لله فليس بمحصن»[1].

ولأنه إحصان من شرطه الحرية فاشترط له الإسلام كإحصان القذف.

ولنا ما روى مالك عن نافع عن ابن عمر أنه قال: «جاء اليهود إلى رسول الله ﷺ فذكروا له أن رجلاً منهم وامرأة زنيا. فأمر بهما رسول الله ﷺ فرجما»[2] متفق عليه.

ولأن الجناية بالزنا استوت من المسلم والذمي فيجب أن يستويا في الحد.

فإن قيل: إنما رجم النبي عليه السلام اليهوديين بحكم التوراة بدليل أنه راجعها فلما تبين له أن ذلك حكم الله عليهم أقامه فيهم، وفيها أنزل الله: ﴿إنا أنزلنا التوراة فيها هدى ونور يحكم بها النبيون الذين أسلموا للذين هادوا﴾ [المائدة:٤٤].

قلنا: إنما حكم عليهم بما أنزل الله إليه بدليل قوله: ﴿فاحكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم عما جاءك من الحق لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجا﴾ [المائدة:٤٨].

---

(١) أخرجه الدارقطني في سننه (١٩٩) ٣: ١٤٧ كتاب الحدود والديات وغيره.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٦٩٠١) ٦ : ٢٦٧٢ كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة، باب ما ذكر النبي ﷺ وحض على اتفاق أهل العلم.

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٦٩٩) ٣ : ١٣٢٦ كتاب الحدود، باب رجم اليهود أهل الذمة في الزنى.

ولأنه لا يشرع للنبي ﷺ الحكم بغير شريعته ولو ساغ ذلك له لساغ لغيره، وإنما راجع التوراة ليعرفهم أن حكم التوراة موافق لما يحكم به عليهم وأنهم تاركون لشريعتهم مخالفون لحكمهم. ثم هذا حجة لنا فإن حكم الله في وجوب الرجم إن كان ثابتاً في حقهم يجب أن يحكم به عليهم فقد ثبت وجوب الإحصان منهم فإنه لا معنى له سوى وجوب الرجم على من زنا منهم بعد وجود شرط الإحصان منه، وإن منعوا ثبوت الحكم في حقهم فلم حكم به النبي عليه السلام.

مسألة: (**ويُغسَّلان، ويُكفَّنان، ويُصلّى عليهما، ويُدفنان**).

لا خلاف في تغسيلهما ودفنهما وأكثر أهل العلم يرون الصلاة عليهما. قال أحمد: سئل علي عن شراحة وكان رجمها فقال: «اصنعوا بها كما تصنعون بموتاكم. وصلى على شراحة»[1].

وقال مالك: من قتله الإمام في حد لا يصلي عليه؛ لأن جابراً قال في حديث ماعز: «فرُجم حتى مات فقال له النبي ﷺ خيراً ولم يصل عليه»[2] متفق عليه.

ولنا ما روى أبو داود بإسناده عن عمران بن حصين في حديث الجهنية: «فأمر بها النبي عليه السلام فرُجمت. ثم أمرهم فصلوا عليها. فقال عمر: يا رسول الله! أنصلي عليها وقد زنت؟ فقال: والذي نفسي بيده لقد تابت توبة لو قُسِمَتْ بين سبعين من أهل المدينة لوسعتهم، وهل وَجَدْتَ أفضل من أن جَادَتْ بنفسها»[3]. ورواه الترمذي وفيه: «فرجمت وصلى عليها»[4] وقال: هو حديث حسن صحيح.

وقال النبي ﷺ: «صلوا على من قال: لا إله إلا الله»[5].

ولأنه مسلم لو مات قبل الحد صُلي عليه. فيصلى عليه بعده؛ كالسارق.

---

(١) سبق تخريجه ص: ٣٩٨.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٦٤٣٤) ٦: ٢٥٠٠ كتاب المحاربين، باب الرجم بالمصلى.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٦٩١) ٣: ١٣١٨ كتاب الحدود، باب من اعترف على نفسه بالزنا. نحوه.
ولفظ: «ولم يصل عليه» ليس موجوداً في البخاري ومسلم. بل في البخاري أنه صلى عليه.

(٣) أخرجه أبو داود في سننه (٤٤٤٠) ٤: ١٥١ كتاب الحدود، باب المرأة التي أمر النبي ﷺ برجمها من جهينة.

(٤) أخرجه الترمذي في جامعه (١٤٣٥) ٤: ٤٢ كتاب الحدود، باب تربص الرجم بالحبلى حتى تضع.

(٥) سبق تخريجه ص: ٣٧٧.

وأما خبر ماعز فيحتمل أن النبي ﷺ لم يحضره أو اشتغل عنه بأمر أو غير ذلك فلا يعارض ما رويناه .

مسألة : (**وإذا زنى الحر البكر ، جُلد مائة ، وغُرِّب عاماً وكذلك المرأة**) .

يعني من لم يحصن وإن كان ثيباً وقد ذكرنا الإحصان وشروطه ولا خلاف في وجوب الجلد على الزاني إذا لم يكن محصناً وقد جاء بيان ذلك في كتاب الله بقوله : ﴿الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة﴾ [النور:٢] ، وجاءت الأحاديث عن النبي عليه السلام موافقة لما جاء به الكتاب ، ويجب مع الجلد تغريبه عاماً في قول جمهور العلماء روي ذلك عن الخلفاء الراشدين وبه قال أبي وأبو ذر وابن مسعود وابن عمر وبه قال الشافعي وإسحاق . وقال مالك : يغرّب الرجل دون المرأة ؛ لأن المرأة تحتاج إلى حفظ وصيانة .

ولأنها إما أن تغرّب بمحرم أو بغير محرم ، لا يجوز التغريب بغير محرم ؛ لقول رسول الله ﷺ : «لا يحلُ لامرأةٍ تؤمنُ با لله واليوم الآخر أن تُسافرَ مسيرةَ يومٍ وليلةٍ إلا مع ذي محرم»[1] .

ولأن تغريبها بغير محرم إغراء لها بالفجوز وتضييع لها ، وإن غربت بمحرم أفضى إلى تغريب من ليس بزان ونفي من لا ذنب له وإن كلفت أجرته ففي ذلك زيادة على عقوبتها بما لم يرد الشرع به كما لو زاد ذلك على الرجل . والخبر الخاص في التغريب إنما هو في حق الرجل وكذلك فعل الصحابة ، والعام يجوز تخصيصه ؛ لأنه يلزم من العمل بعمومه مخالفة مفهومه فإنه دل بمفهومه على أنه ليس على الزاني أكثر من العقوبة المذكورة فيه وإيجاب التغريب على المرأة يلزم منه الزيادة على ذلك وفوات حكمته ؛ لأن الحد وجب زجراً عن الزنا[2] وفي تغريبها إغراء به وتمكين منه مع أنه في حق الثيب قد يخصص بإسقاط الجلد في قول الأكثرين فتخصيصه هاهنا أولى .

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (١٠٣٨) ١: ٣٦٩ أبواب تقصير الصلاة، باب في كم يقصر الصلاة.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٣٣٩) ٢: ٩٧٧ كتاب الحج، باب سفر المرأة مع محرم إلى حج وغيره.

(٢) في الأصل: الزاني ، وما أثبتناه من المغني ١٠: ١٣٤.

وقال أبو حنيفة ومحمد بن الحسن: لا يجب التغريب؛ لأن علياً قال: «حسبُهما من الفتنة أن يُنْفَيَا»[1].

وعن عمر «أنه غرَّب ربيعة بن أمية بن خلف في الخمر إلى خيبر، فلحق بهرقل فتنصر، فقال عمر: لا أُغرِّبُ مسلماً بعد هذا أبداً»[2].

ولأن الله تعالى أمر بالجلد دون التغريب فإيجاب التغريب زيادة على النص.

ولنا ما روى عبادة بن الصامت قال: قال رسول الله ﷺ: «خذوا عني خذوا عني. قد جعل الله لهن سبيلا: البكر بالبكر جلد مائة ونفي سنة، والثيب بالثيب جلد مائة والرجم»[3]. رواه الجماعة إلا البخاري والنسائي.

وعن أبي هريرة وزيد بن خالد أنهما قالا: «إن رجلاً من الأعراب أتى رسول الله ﷺ فقال: يا رسول الله أنشدك الله إلا قضيت لي بكتاب الله فقال الخصم الآخر وهو أفقه منه: نعم فاقض بيننا بكتاب الله وائذن لي فقال رسول الله ﷺ: قل قال: إن ابني كان عسيفاً على هذا فزنى بامرأته. وإني أخبرت أن على ابني الرجم فافتديت منه بمائة شاة ووليدة. فسألت أهل العلم فأخبروني على ابني جلد مائة وتغريب عام، وأن على امرأة هذا الرجم. فقال رسول الله ﷺ: والذي نفسي بيده! لأقضين بينكما بكتاب الله: الوليدة والغنم رد وعلى ابنك جلد مائة وتغريب عام. واغد يا أنيس لرجل من أسلم إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها فغدا عليها فاعترفت فأمر بها رسول الله ﷺ فرجمت»[4] رواه الجماعة.

---

(١) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه (١٣٣٢٧) ٧: ٣١٥ كتاب الطلاق، باب النفي.

(٢) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه (١٣٣٢٠) ٧: ٣١٤ الموضع السابق.

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه (١٦٩٠) ٣: ١٣١٦ كتاب الحدود، باب حد الزنى.
وأخرجه أبو داود في سننه (٤٤١٥) ٤: ١٤٤ كتاب الحدود، باب في الرجم.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٤٣٤) ٤: ٤١ كتاب الحدود، باب ما جاء في الرجم على الثيب.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٥٥٠) ٢: ٨٥٢ كتاب الحدود، باب حد الزنا.
وأخرجه أحمد في مسنده (٢٢١٥٨) طبعة إحياء التراث.

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٥٧٥) ٢: ٩٧١ كتاب الشروط، باب الشروط التي لا تحل في الحدود.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٦٩٧) ٣: ١٣٢٥ كتاب الحدود، باب من اعترف على نفسه بالزنى.
وأخرجه أبو داود في سننه (٤٤٤٥) ٤: ١٥٣ كتاب الحدود، باب المرأة التي أمر النبي ﷺ برجمها من جهينة.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٤٣٣) ٤: ٣٩ كتاب الحدود، باب ما جاء في الرجم على الثيب.
وأخرجه النسائي في سننه (٥٤١٠) ٨: ٢٤٠ كتاب آداب القضاة، صون النساء عن مجلس الحكم.

⇦

قال مالك: العسيف: الأجير. وهذا يدل على أن هذا كان مشهوراً عندهم من حكم الله وقضاء رسول الله ﷺ وقد قيل: إن الذي قال له هذا هو أبو بكر وعمر؟.

ولأن التغريب فعله الخلفاء الراشدون ولا يعرف لهم في الصحابة مخالف فكان إجماعاً.

ولأن الخبر يدل على عقوبتين في حق الثيب فكذلك في حق البكر، وما رووه عن علي لا يثبت لضعف رواته وإرساله، وقول عمر: «لا أغرب بعده مسلماً»[1] فيحتمل أنه أراد تغريبه في الخمر الذي أصابت الفتنة ربية فيه، وقول مالك يخالف عموم الخبر والقياس؛ لأن ما كان حداً في الرجل يكون حداً في المرأة كسائر الحدود، وقول مالك فيما يقع لي أصح الأقوال وأعدلها، وعموم الخبر مخصوص بخبر النهي عن سفر المرأة بغير محرم، والقياس على سائر الحدود لا يصح؛ لأنه يستوي الرجل والمرأة في الضرر الحاصل بها بخلاف هذا الحد ويمكن قلب هذا القياس بأنه حد فلا تزاد فيه المرأة على ما على الرجل كسائر الحدود.

مسألة: (**وإذا زنى العبد أو الأمة جلد كل واحد منهما خمسين جلدة ولم يغربا**).

أما العبد والأمة فحدهما خمسون جلدة بكرين كانا أو ثيبين في قول أكثر الفقهاء منهم عمر وعلي وابن مسعود والحسن وأبو حنيفة ومالك والشافعي. وقال ابن عباس وطاووس وأبو عبيد: إن كانا مزوجين فعليهما نصف الحد ولا حد على غيرهما؛ لقول الله: ﴿فإذا أحصن فإن أتين بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب﴾ [النساء: ٢٥] فدليل خطابه أنه لا حد على غير المحصنات. وقال داود: على الأمة نصف الحد إذا زنت بعدما زوجت وعلى العبد جلد مائة بكل حال وفي الأمة إذا لم تزوج روايتان:

⇨

وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٥٤٩) ٢: ٨٥٢ كتاب الحدود، باب حد الزنا.
وأخرجه أحمد في مسنده (١٦٥٩٠) طبعة إحياء التراث.

(١) سبق تخريجه ص: ٤٠٥.

إحداهما : لا حد عليها .

والأخرى : تجلد مائة ؛ لأن قول الله : ﴿فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة﴾ [النور :٢] عام خرجت منه الأمة المحصنة بقوله : ﴿فإذا أحصن فإن أتين بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب﴾ [النساء:٢٥] فيبقى العبد والأمة التي لم تحصن على مقتضى العموم ويحتمل دليل الخطاب في الأمة أن لا حد عليها كقول ابن عباس . وقال أبو ثور : إذا لم يحصنا بالتزويج فعليهما نصف الحد ، وإن أحصنا فعليهما الرجم ؛ لعموم الأخبار فيه ؛ لأنه حد لا يتبعض فوجب تكميله كالقطع في السرقة .

ولنا ما روى الزهري عن عبيد الله بن عبدالله عن أبي هريرة وزيد بن خالد وشبل قالوا : «سُئِلَ رسول الله ﷺ عن الأمةِ إذا زنت ولم تحصن ؟ قال : إذا زنتْ فاجلدوها ، ثم إن زنتْ فاجلدوها ، ثم إن زنتْ فاجلدوها ، ثم إن زنتْ فبيعوها ولو بضَفِير»[1] متفق عليه .

قال الزهري : وهذا نص في جلد الأمة إذا لم تحصن وهو حجة على ابن عباس وموافقيه وداود وجعل داود عليها مائة إذا لم تحصن وخمسين إذا كانت محصنة خلاف ما شرع الله فإن الله ضاعف عقوبة المحصنة على غيرها فجعل الرجم على المحصنة والجلد على البكر وداود ضاعف عقوبة البكر على المحصنة واتباع شرع الله أولى . وأما دليل الخطاب فقد روي عن ابن مسعود أنه قال : إحصانها إسلامها وأقرأها بفتح الألف ثم دليل الخطاب إنما يكون دليلاً إذا لم يكن للتخصيص[2] بالذكر فائدة سوى اختصاصه بالحكم ومتى كانت له فائدة أخرى لم يكن دليلاً مثل أن يخرج مخرج الغالب أو للتنبيه أو لمعنى من المعاني ولهذا قال الله : ﴿وربائبكم اللاتي في حجوركم﴾ [النساء:٢٣] ولم يختص التحريم باللاتي في حجورهم وقال : ﴿وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم﴾ [النساء:٢٣] وحرم

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٦٤٤٧) ٦: ٢٥٠٩ كتاب المحاربين، باب إذا زنت الأمة.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٧٠٣) ٣: ١٣٢٩ كتاب الحدود، باب رجم اليهود أهل الذمة في الزنى.

(٢) في الأصل: بالتخصيص. وما أثبتناه من المغني ١٠: ١٤٤.

حلائل الأبناء[1] من الرضاع وأبناء الأبناء وقال: ﴿فليس عليكم جناح أن تقصروا من الصلاة إن خفتم أن يفتنكم الذين كفروا﴾ [النساء: ١٠١] وأبيح القصر بدون الخوف.

وأما العبد فلا فرق بينه وبين الأمة فالتنصيص على أحدهما يثبت حكمه في حق[2] الآخر كما أن قول النبي عليه السلام: «من أعتق شِركاً له في عبد»[3] ثبت حكمه في حق الأمة ثم إن المنطوق أولى منه على كل حال. وأما أبو ثور فخالف نص قوله تعالى: ﴿فإذا أحصن فإن أتين بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب﴾ [النساء: ٢٥] وعمل به فيما لم يتناوله النص وخرق الإجماع في إيجاب الرجم على المحصنات كما خرق داود الإجماع في تكميل الجلد على العبيد وتضعيف حد الإبكار على المحصنات.

مسألة: **(والزاني من أتى الفاحشة من قبل أو دبر).**

لا خلاف بين أهل العلم في أن من وطئ امرأة في قبلها حراماً لا شبهة له في وطئها أنه زان يجب عليه حد الزنا إذا كملت شروطه، والوطء في الدبر مثله في كونه زنا؛ لأنه وطء في فرج امرأة لا ملك له فيها ولا شبهة ملك فكان زنا كالوطء في القبل.

ولأن الله تعالى قال: ﴿واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم﴾ [النساء: ١٥] ثم بين النبي عليه السلام «أنه قد جعل الله لهن سبيلا: البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام»[4].

---

(١) في الأصل: الآباء، وما أثبتناه من المغني ١٠: ١٤٤.

(٢) زيادة من المغني ١٠: ١٤٤.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٣٨٦) ٢: ٨٩٢ كتاب العتق، باب إذا أعتق عبداً بين اثنين أو أمة بين الشركاء.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٠١) ٣: ١٢٨٦ كتاب الأيمان، باب من أعتق شركا له في عبد.

(٤) سبق تخريجه ص: ٤٠٥.

والوطء في الدبر فاحشة بقول الله في قوم لوط : ﴿أتأتون الفاحشة﴾ [الأعراف : ٨٠] يعني الوطء في أدبار الرجال ويقال أول ما بدأ قوم لوط بوطء النساء في أدبارهن ثم صاروا إلى ذلك في الرجال .

مسألة : **(ومن تَلَوَّطَ قُتِلَ ، بكراً كان أو ثيباً في إحدى الروايتين ، والأخرى حكمه حكم الزاني)** .

أجمع أهل العلم على تحريم اللواط وقد ذمه الله في كتابه وعاب من فعله وذمه رسول الله ﷺ فقال الله : ﴿ولوطاً إذ قال لقومه أتأتون الفاحشة ما سبقكم بها من أحد من العالمين ۞ إنكم لتأتون الرجال شهوة من دون النساء بل أنتم قوم مسرفون﴾ [الأعراف : ٨٠-٨١] .

وقال النبي عليه السلام : «لعن الله من عَمِلَ عَمَلَ قومِ لُوط . قالها ثلاثاً»[(١)] .

واختلفت الرواية عن أحمد في حده فعنه أن حده الرجم بكراً كان أو ثيباً وهذا قول علي وابن عباس وجابر بن زيد وبه قال مالك والشافعي في أحد قوليه .

والرواية الثانية : أن حده حد الزنا وبه قال سعيد بن المسيب وأبو يوسف ومحمد وهو المشهور من قولي الشافعي ؛ لأن النبي ﷺ قال : «إذا أتى الرجلُ الرجلَ فهما زانيان»[(٢)] .

ولأنه إيلاج فرج آدمي في فرج آدمي لا ملك له فيه ولا شبهة ملك . فكان زنا ؛ كالإيلاج في فرج المرأة .

وإذا ثبت كونه زنا دخل في عموم الآية والأخبار فيه .

ولأنه فاحشة فكان زنا كالفاحشة بين الرجل والمرأة ، وروي عن أبي بكر الصديق أنه أمر بتحريق اللوطي ، وهو قول ابن الزبير ؛ لما روى صفوان بن سليم[(٣)] عن خالد بن الوليد «أنه وجد في بعض ضواحي العرب رجلاً يُنْكَحُ كما تُنْكَحُ المرأة ، فكتب إلى أبي بكر ، فاستشار أبو بكر الصحابة فيه ، فكان عليٌّ أشدَّهُم

---

(١) أخرجه أحمد في مسنده (٢٩١٠) طبعة إحياء التراث.

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٨ : ٢٣٣ كتاب الحدود ، باب ما جاء في حد اللوطي.

(٣) في الأصل: سليمان، وما أثبتناه من السنن الكبرى.

قولاً فيه فقال : ما فعل هذا إلا أُمَّةٌ واحدة من الأمم ، وقد علمتم ما فعل الله بها ، أرى أن يُحرق بالنار . فكتب أبو بكر إلى خالد بذلك ، فحرَقَه »[1] .

وقال الحكم وأبو حنيفة : لا حد عليه ؛ لأنه ليس بمحل للوطء أشبه غير الفرج .

ووجه الرواية الأولى قول النبي ﷺ : « من وجدتموهُ يعملُ عملَ قومِ لوطٍ فاقتلوا الفاعلَ والمفعولَ به »[2] . رواه أبو داود .

وفي لفظ : « فارجموا الأعلى والأسفل »[3] .

ولأنه إجماع الصحابة فإنهم أجمعوا على قتله وإنما اختلفوا في صفته ، واحتج أحمد بعلي أنه كان يرى رجمه .

ولأن الله عذَّبَ قوم لوط بالرجم فيجب أن يعاقب من فعلَ فعلهم بمثل عقوبتهم . وقول من أسقط الحد عنه يخالف النص والإجماع وقياس الفرج على غيره لا يصح لما بينهما من الفرق .

إذا ثبت هذا فلا فرق بين أن يكون في مملوك له أو أجنبي ؛ لأن الذكر ليس بمحل لوطء الذكر فلا يؤثر ملكه له ولو وطئ زوجته أو مملوكته في دبرها كان محرماً لا حد فيه ؛ لأن المرأة محل للوطء في الجملة وقد ذهب بعض العلماء إلى حله فكان ذلك شبهة مانعة من الحد بخلاف التلوط .

مسألة : **(ومن أتى بهيمةً أُدِّبَ ، وأُحسِنَ أدَبُه ، وقُتِلَت البهيمة)** .

اختلفت الرواية عن أحمد في الذي يأتي البهيمة فعنه أنه يعزر ولا حد عليه روي ذلك عن ابن عباس والشعبي والنخعي وبه قال أبو حنيفة وأصحابه ومالك والشافعي في أحد قوليه .

والرواية الثانية : حكمه حكم اللائط .

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٨ : ٢٣٢ كتاب الحدود ، باب ما جاء في حد اللوطي.
(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٤٤٦٢) ٤: ١٥٨ كتاب الحدود، باب فيمن عمل عمل قوم لوط.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٤٥٦) ٤: ٥٧ كتاب الحدود، باب ما جاء في حد اللوطي.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٥٦١) ٢: ٨٥٦ كتاب الحدود، باب من عمل عمل قوم لوط.
(٣) ذكره ابن حجر في تلخيص الحبير وعزاه إلى ابن ماجة ، ولم أقف عليه عند ابن ماجة ٤: ١٠٣.

ووجه الرواية الأولى أنه لم يصح فيه نص ولا يمكن قياسه على الوطء في فرج الآدمي ؛ لأنه لا حرمة لها وليس بمقصود يحتاج في الزجر عنه إلى الحد فإن النفوس تعافه فيبقى على الأصل في انتفاء الحد .

وقول الخرقي : أدب وأحسن أدبه يعني : يعزر ويبالغ في تعزيره ؛ لأنه وطء في فرج محرم لا شبهة له فيه لم يوجب الحد فأوجب التعزير كوطء الميتة .

ويجب قتل البهيمة وهو قول أبي سلمة بن عبدالرحمن وأحد قولي الشافعي ، وسواء كانت مملوكة له أو لغيره ، مأكولة أو غير مأكولة . وقال أبو بكر : الاختيار قتلها وإن تركت فلا بأس .

ووجه الأول وهو أصح قول النبي ﷺ : «من أتى البهيمة فاقتلوهُ واقتلُوا البهيمة»[1] . ولم يفرق بين كونها مأكولة أو غير مأكولة ولا بين ملكه وملك غيره .

فإن قيل : الحديث ضعيف ولم يعملوا به في قتل الفاعل الجاني ففي حق حيوان لا جناية منه أولى .

قلنا : إنما يعمل به في قتل الفاعل على إحدى الروايتين لوجهين :

أحدهما : أنه حد والحدود تدرأ بالشبهات وهذا إتلاف مال فلا تؤثر الشبهة فيه .

الثاني : أنه إتلاف آدمي وهو أعظم المخلوقات حرمة فلم يجز التهجم على إتلافه إلا بدليل في غاية القوة لا يلزم مثل هذا في إتلاف مال ولا حيوان سواه .

إذا ثبت هذا فإن الحيوان إن كان للفاعل ذهب هدراً وإن كان لغيره فعلى الفاعل غرامته ؛ لأنه سبب إتلافه فيضمنه كما لو نصب له شبكة فتلف بها ثم إن كانت مأكولة فهل يباح أكلها على وجهين :

أحدهما : يحل أكلها ؛ لقول الله تعالى : ﴿أحلت لكم بهيمة الأنعام﴾ [المائدة : ١] .

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٤٤٦٤) ٤ : ١٥٩ كتاب الحدود، باب فيمن أتى بهيمة. ولفظه: «من أتى بهيمةً فاقتلوهُ واقتلوها معه».

ولأنه حيوان من جنس يجوز أكله ذبحه من هو من أهل الذكاة. فحل أكله؛ كما لو لم يفعل به هذا الفعل ولكن يكره أكله لشبهة التحريم.

والوجه الثاني: لا يحل أكلها؛ لما روي عن ابن عباس قيل له: ما شأن البهيمة؟ قال: ما أراه قال ذلك إلا أنه كره أكلها وقد فعل بها ذلك الفعل.

ولأنه حيوان يجب قتله لحق الله. فلم يجز أكله؛ كسائر المقتولات.

واختلف في علة قتلها فقيل إنما قتلت لئلا يعير فاعلها ويذكر برؤيتها.

وقد روى ابن بطة بإسناده عن النبي ﷺ أنه قال: «من وجدتموه على بهيمة فاقتلوه واقتلوا البهيمة قالوا: يا رسول الله ما بال البهيمة؟ قال: لا يقال هذه وهذه»[1].

وقيل: لئلا تلد خلقاً مشوهاً، وقيل: لئلا تؤكل وإليه أشار ابن عباس في تعليله ولا يجب قتلها حتى يثبت هذا العمل بها ببينة. وأما إن أقر الفاعل فإن كانت البهيمة له ثبت بإقراره وإن كانت لغيره لم يجز قتلها بقوله؛ لأنه إقرار على ملك غيره فلم يقبل كما لو أقر بها لغير مالكها، وهل يثبت هذا بإقرار شاهدين عدلين أو إقرار مرة ويعتبر فيه ما يعتبر في الزنا على وجهين نذكرهما في موضعهما إن شاء الله تعالى.

مسألة: **(والذي يجب عليه الحد ممن ذكرت من أقر بالزنا أربع مرات)**.

أما الحد فلا يجب إلا بأحد شيئين إقرار أو بينة فإن ثبت بإقرار اعتبر إقرار أربع مرات وبهذا قال أبو حنيفة وأصحابه؛ لما روى أبو هريرة قال: «أتى رجلٌ من الأسلميين رسول الله ﷺ وهو في المسجد فقال: يا رسول الله! إني زنيتُ. فأعرضَ عنه فتنحّى تلقاء وجهه. فقال: يا رسول الله! إني زنيتُ. فأعرضَ عنه حتى قال ذلك أربع مرات. فلما شهدَ على نفسه أربع مرات دعاهُ رسول الله ﷺ فقال: أبكَ جنون؟ قال: لا. قال: فهل أحصنتَ؟ قال: نعم. فقال رسول الله ﷺ: ارجموه»[2] متفق عليه.

---

(١) أخرجه الترمذي في جامعه (١٤٥٥) ٤: ٥٦ كتاب الحدود، باب ما جاء فيمن يقع على البهيمة.
(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٦٤٣٩) ٦: ٢٥٠٢ كتاب المحاربين، باب سؤال الإمام المقر: هل أحصنت.

ولو وجب الحد بمرة لم يعرض عنه رسول الله ﷺ؛ لأنه لا يجوز ترك حد وجب لله.

وروى أبو بردة أن أبا بكر الصديق قال له عند النبي ﷺ: «إن أقررتَ أربعاً رجمكَ رسولُ الله ﷺ»[1]. وهذا يدل على محل النزاع لوجهين:

أحدهما: أن النبي عليه السلام أقره على هذا ولم ينكره. فكان بمنزلة قوله؛ لأنه لا يُقر على الخطأ.

الثاني: أنه قد علم هذا من حكم النبي عليه السلام لولا ذلك لما تجاسر على قوله بين يديه.

وسواء كان في مجلس واحد أو مجالس متفرقة.

قال الأثرم: سمعت أبا عبدالله يسأل عن الزاني يردد أربع مرات قال: نعم على حديث ماعز هو أحوط قلت له: في مجلس واحد أو في مجالس شتى؟ قال: أما الأحاديث فليست تدل إلا على مجلس واحد.

وقال أبو حنيفة: لا يثبت إلا بأربع إقرارات في أربعة مجالس؛ لأن ماعزاً أقر في أربعة مجالس.

ولنا أن الحديث الصحيح إنما يدل على أنه أقر أربع في مجلس واحد [وقد ذكرنا الحديث.

ولأنه إحدى حجتي الزنا فاكتفي به في مجلس واحد][2] كالبينة.

فصل

ويعتبر في صحة الإقرار أن يذكر حقيقة الفعل لتزول الشبهة؛ لأن الزنا يعبر عما ليس بموجب للحد. وقد روى ابن عباس أن النبي ﷺ قال لماعز: «لعلك

⇨ وأخرجه مسلم في صحيحه (١٦٩١) ٣: ١٣١٨ كتاب الحدود، باب من اعترف على نفسه بالزنى.

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (١٦٩٥) ٣: ١٣٢٣ كتاب الحدود، باب من اعترف على نفسه بالزنى عن بريدة.
وأخرجه أبو داود في سننه (٤٤٢٦) ٤: ١٤٧ كتاب الحدود، باب رجم ماعز بن مالك عن ابن عباس. وفي (٤٤٢٢) ٤: ١٤٦. عن جابر بن سمرة.

(٢) زيادة من المغني ١٠: ١٦٧.

قبّلتَ أو غمزتَ أو نظرتَ . قال : لا . قال : أفنِكتَها ؟ لا يكْني . قال : نعم فعند ذلك أمر برجمه »[1] رواه البخاري .

وفي رواية : عن أبي هريرة : « قال أفنكتها ؟ قال : نعم . قال : حتى غابَ ذاك منكَ في ذاك منها . قال : نعم . قال : كما يغيبُ المِرْودُ في المكحلة والرشاء في البئر . قال : نعم . قال : فهل تدري ما الزنا ؟ قال : نعم . أتيتُ منها حرامًا ما يأتي الرجل من امرأته حلالاً . . . وذكر الحديث »[2] . رواه أبو داود .

مسألة : **(وهو بالغ صحيح عاقل)** .

أما البلوغ والعقل فلا خلاف في اعتبارهما في وجوب الحد وصحة الإقرار ؛ لأن الصبي والمجنون قد رفع القلم عنهما ولا حكم لكلامهما .

وأما قوله : وهو صحيح ففسره القاضي بالصحيح من المرض يعني أن الحد لا يجب عليه في مرضه وإن وجب فإنه إنما يقام عليه الحد بما يؤمن به تلفه ، فإن خيف عليه ضرب ضربة واحدة بضغث فيه مائة شمراخ أو عود صغير[3] ، ويحتمل أنه أراد الصحيح الذي يتصور منه الوطء فلو أقر بالزنا من لا يتصور منه كالمجبوب فلا حد عليه ؛ لأننا نتيقن أنه لا يتصور منه الزنا الموجب للحد ولو قامت به بينة فهي كاذبة وعليها الحد نص عليه أحمد ، ولو أقر الخصي أو العنين فعليه الحد وبهذا قال أبو حنيفة وأصحابه والشافعي ؛ لأنه لا يتصور منه ذلك فيقبل إقراره كالشيخ الكبير .

مسألة : **(ولا ينزع عن إقراره حتى يتم عليه الحد)** .

من شرط إقامة الحد بالإقرار البقاء عليه إلى تمام الحد فإن رجع عن إقراره أو هرب كف عنه ، وبهذا قال عطاء والزهري وأبو حنيفة ومالك والشافعي وأبو يوسف . وقال الحسن وابن أبي ليلى : يقام عليه الحد ولا يترك ؛ لأن ماعزاً هرب فقتلوه ولم يتركوه ، وروي أنه قال : « ردوني إلى رسول الله ﷺ فإن قومي هم

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٦٤٣٨) ٦ : ٢٥٠٢ كتاب المحاربين من أهل الكفر والردة ، باب هل يقول الإمام للمقر : لعلك لمست أو غمزت.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٤٤٢٨) ٤: ١٤٨ كتاب الحدود، باب رجم ماعز بن مالك.

(٣) في الأصل: صحيح. وما أثبتناه من المغني ١٠: ١٧١.

غروني من نفسي وأخبروني أن النبي ﷺ غير قاتلي فلم ينزعوا عنه حتى قتلوه»[1] أخرجه أبو داود.

ولو قبل رجوعه للزمتهم ديته.

ولأنه حق وجب بإقراره فلم يقبل رجوعه كسائر الحقوق.

ولنا أن ماعزاً هرب فذكر للنبي عليه السلام فقال: «هلا تركتموه يتوب فيتوب الله عليه»[2].

قال ابن عبدالبر: ثبت من حديث أبي هريرة وجابر ونعيم بن هزال[3]: «أن ماعزًا لما هرب فقال لهم: ردوني إلى رسول الله ﷺ. قال: فهلا تركتموه يتوب فيتوب الله عليه»[4]، ففي هذا أوضح الدلائل على أنه يقبل رجوعه.

وعن أبي بريدة قال: «كنا أصحابَ رسولِ الله ﷺ نتحدثُ أن الغامديةَ وماعز بن مالكٍ لو رجعًا بعدَ اعترافهمَا أوْ قالَ: لو لم يرجعا بعد اعترافهمَا لم يَطلُبْهُمَا. وإنما رجمهُمَا عند[5] الرابعة»[6]. رواه أبو داود.

ولأن رجوعه شبهة، والحدود تدرأ بالشبهات.

ولأن الإقرار أحد بينتي الحد فيسقط بالرجوع عنه كالبينة إذا رجعت قبل إقامة الحد، وفارق سائر الحقوق فإنها لا تدرأ بالشبهات وإنما لم يجب ضمان ماعز على الذين قتلوه بعد هربه؛ لأنه ليس بصريح في الرجوع.

إذا ثبت هذا فإنه إن هرب لم يتبع؛ لقوله عليه السلام: «هلا تركتموه» وإن لم يترك ضمن، وقيل: لا يضمن؛ لأن النبي ﷺ لم يضمن ماعزاً من قتله.

ولأن هربه ليس بصريح في رجوعه وإن قال: ردوني إلى الحاكم وجب رده ولم يجز إتمام الحد وإن أتم فلا ضمان على من أتمه لما ذكرنا في هربه وإن رجع عن

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٤٤٢٠) ٤ : ١٤٥ كتاب الحدود، باب رجم ماعز بن مالك.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٤٤١٩) ٤ : ١٤٥ كتاب الحدود، باب رجم ماعز بن مالك.

(٣) في الأصل: ونعيم وجابر بن هزال. وما أثبتناه من المغني ١٠: ١٧٣.

(٤) سبق قريبا.

(٥) في الأصل: بعد، وما أثبتناه من السنن.

(٦) أخرجه أبو داود في سننه (٤٤٣٤) ٤: ١٤٩ كتاب الحدود، باب رجم ماعز بن مالك.

إقراره وقال : كذبت في إقراري أو رجعت عنه أو لم أفعل ما أقررت به وجب تركه فإن قتله قاتل بعد ذلك وجب ضمانه ؛ لأنه قد زال إقراره بالرجوع عنه فصار كمن لم يقر ولا قصاص على قاتله ؛ لأن أهل العلم اختلفوا في صحة رجوعه فكان اختلافهم شبهة دارئة للقصاص .

ولأن صحة الإقرار مما يخفى فيكون ذلك عذراً مانعاً من وجوب القصاص .

مسألة : (**أو يشهد عليه أربعة رجال من المسلمين أحرار عدول ، يَصفُون الزنا**) .

ذكر الخرقي في شهود الزنا سبعة شروط :

أحدها : أن يكونوا أربعة وهذا إجماع لا خلاف فيه بين أهل العلم لقوله عز وجل : ﴿واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم﴾ [النساء:١٥] وقال : ﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة﴾ [النور:٤] .

الثاني : أن يكونوا رجالاً كلهم ولا تقبل فيه شهادة النساء بحال ولا نعلم فيه خلافاً إلا شيئاً يروى عن عطاء وحماد أنه يقبل فيه ثلاثة رجال وامرأتان وهو شذوذ لا يعول عليه ؛ لأن لفظ الأربعة اسم لعدد المذكورين ويقتضي أن يكتفي فيه بأربعة . ولا خلاف في أن الأربعة إذا كان بعضهم نساء لا يكتفي بهم وإن أقل ما يجزئ خمسة وهذا خلاف النص .

ولأن في شهادتهن شبهة لتطرق الضلال إليهن قال الله : ﴿أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى﴾ [البقرة:٢٨٢] ، والحدود تُدرأ بالشبهات .

الثالث : الحرية فلا تقبل فيه شهادة العبيد ولا نعلم في هذا خلافاً إلا رواية حكيت عن أحمد أن شهادتهم تقبل وهو قول أبي ثور ؛ لعموم النصوص فيه .

ولأنه عدل ذكر مسلم تقبل روايته فقبلت شهادته كالحر .

ولنا أنه مختلف في شهادته في سائر الحقوق فيكون ذلك شبهة تمنع من قبول شهادته في الحد ؛ لأنه يندرئ بالشبهات .

الرابع: العدالة ولا خلاف في اشتراطها فإن العدالة تشترط في سائر الشهادات فهاهنا مع مزيد الاحتياط أولى فلا تجوز شهادة الفاسق ولا مستور الحال الذي لا تعلم عدالته؛ لجواز أن يكون فاسقًا.

الخامس: أن يكونوا مسلمين فلا تقبل شهادة أهل الذمة فيه سواء كانت الشهادة على مسلم أو ذمي؛ لأن أهل الذمة كفار لا تتحقق العدالة فيهم ولا تقبل روايتهم ولا أخبارهم الدينية فلا تقبل شهادتهم كعبدة الأوثان.

السادس: أن يصفوا الزنا فيقولوا: رأينا ذكره في فرجها؛ كالمرود في المكحلة، والرشا في البئر؛ وهذا قول معاوية والزهري وأبي حنيفة وأصحابه والشافعي؛ لما روي في قصة ماعز أنه لما أقر عند النبي ﷺ بالزنا فقال: «أنكتها؟ قال: نعم. قال: حتى غاب ذاك منك في ذاك منها كما يغيب المرود في المكحلة والرشا في البئر. قال: نعم»[1]. وإذا اعتبر التصريح في الإقرار كان اعتباره في الشهادة أولى.

ولأنهم إذا لم يصفوا الزنا احتمل أن يكون المشهود به لا يوجب الحد فاعتبر كشفه. قال بعض أهل العلم: يجوز للشهود أن ينظروا إلى ذلك منهما لإقامة الشهادة عليهما ليحصل الدروء بالحد، فإن شهدوا أنهم رأوا ذكره قد غيبه في فرجها كفى والتشبيه تأكيد. وأما تعيينهم المزني بها أو الزاني إن كانت الشهادة على امرأة ومكان الزنى فذكر القاضي أنه يشترط لئلا تكون المرأة ممن اختلف في إباحتها، ويعتبر ذكر المكان لئلا تكون شهادة أحدهم على غير الفعل الذي شهد به الآخر ولهذا سأل النبي ﷺ ماعزاً وقال: «إنك أقررت أربعاً فبمن؟»[2].

وقال ابن حامد: لا يحتاج إلى ذكرها؛ لأنه لا يعتبر ذكرهما في الإقرار ولم يأت ذكرهما في الحديث الصحيح وليس في حديث الشهادة في رجم اليهوديين ذكر المكان.

---

(١) سبق تخريجه ص: ٤١٤.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٤٤٢٨) ٤: ١٤٨ كتاب الحدود، باب رجم ماعز بن مالك.

ولأن ما لا يشترط فيه ذكر الزمان لا يشترط فيه ذكر المكان كالنكاح ويبطل ما ذكره بالزمان .

السابع : مجيء الشهود كلهم في مجلس واحد ذكره الخرقي في باب الأقضية وبهذا قال أبو حنيفة ومالك والشافعي لا يشترط ذلك لقوله تعالى : ﴿لولا جاؤا عليه بأربعة شهداء﴾ [النور :١٣] ولم يذكر المجلس وقال : ﴿فاستشهدوا عليهن أربعة منكم فإن شهدوا فأمسكوهن في البيوت﴾ [النساء :١٥] .

ولأن كل شهادة مقبولة إن اتفقت تقبل إذا افترقت في مجالس كسائر الشهادات .

ولنا «أن أبا بكرة ونافعًا وشِبل بن معبد شهدوا عند عمر على المغيرة بن شعبة بالزنا ولم يشهد زياد فحد الثلاثة»[١] . ولو كان المجلس غير مشترط لم يجز أن يحدهم لجواز أن يكملوا برابع في مجلس آخر .

ولأنه لو شهد ثلاثة فحدهم ثم جاء رابع فشهد لم تقبل شهادته ولولا اشتراط المجلس لكملت شهادتهم وبهذا يفارق سائر الشهادات .

وأما الآية فإنها لم تتعرض للشروط[٢] ولهذا لم يذكر العدالة وصفة الزنا .

ولأن قوله : ﴿ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم﴾ [النور :٤] لا يخلوا من أن يكون مطلقاً في الزمان كله أو مقيداً لا يجوز أن يكون مطلقاً ؛ لأنه يمنع من جواز جلدهم ؛ لأنه ما من زمن إلا ويجوز أن يأتي فيه بأربعة شهداء أو بكمالهم إن كان قد شهد بعضهم فيمنع جلدهم المأمور به فيكون تناقضاً ، وإذا ثبت أنه مقيد فأولى ما قيد بالمجلس ؛ لأن المجلس كله بمنزلة الحال الواحدة ولهذا يثبت فيه خيار المجلس ويكتفي فيه بالقبض فيما يعتبر القبض فيه .

إذا ثبت هذا فإنه لا يشترط اجتماعهم حال مجيئهم ولو جاؤا متفرقين واحداً بعد واحد في مجلس واحد قبل شهادتهم لقصة المغيرة ، فإن الشهود جاؤا واحداً

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٨ : ٢٣٤ كتاب الحدود ، باب شهود الزنا إذا لم يكملوا أربعة.
(٢) في الأصل: للشروع ، وما أثبتناه من المغني ١٠: ١٧٨.

بعد واحد وسمعت شهادتهم وإنما حدوا لعدم كمالها وفي حديثه أن أبا بكرة قال : أرأيت إن جاء آخر يشهد أكنت ترجمه؟ فقال عمر : إي والذي نفسي بيده .

ولأنهم اجتمعوا في مجلس واحد أشبه ما لو جاؤوا مجتمعين .

ولأن المجلس كله بمنزلة ابتدائه لما ذكرناه وإذا تفرقوا في مجالس فعليهم الحد ؛ لأن من شهد بالزنا ولم يكمل الشهادة يلزمه الحد ؛ لقوله تعالى : ﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة﴾ [النور :٤] .

مسألة : **(ولو رُجم بإقراره فرجع قبل أن يقتل كف عنه وكذلك إن رجع بعد أن جُلد وقبل كمال الحد خلي)** .

قد تقدم شرح هذه المسألة وذكرنا أن المقر بالحد متى رجع عن إقراره ترك وكذلك إن أتى بما يدل على الرجوع مثل الهرب لم يطلب ؛ لأن ماعزاً لما هرب قال النبي عليه السلام : «هلا تركتموه»[1] .

ولأن من قبل رجوعه قبل الشروع في الحد قبل بعد الشروع فيه كالبينة .

مسألة : **(ومن زنا مراراً ولم يحد فحد واحد)** .

أما ما يوجب الحد من الزنا والسرقة والقذف وشرب الخمر إذا تكرر قبل إقامة الحد فإنه يجزئ حد واحد بغير خلاف علمناه . قال ابن المنذر : أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من أهل العلم وإن أقيم عليه الحد ثم حدثت منه جناية أخرى ففيها حدها لا نعلم فيه خلافاً وقد سئل رسول الله ﷺ عن الأمة تزني قبل أن تحصن فقال : «إن زنتْ فاجلدوها ، ثم إن زنتْ فاجلدوها ، ثم إن زنتْ فاجلدوها»[2] .

ولأن تداخل الحدود إنما يكون مع اجتماعها وهذا الحد الثاني وجب بعد سقوط الأول باستيفائه ، وإن كانت الحدود من أجناس مثل الزنا والسرقة وشرب الخمر أقيمت كلها إلا أن يكون فيها قتل فإن كان فيها قتل اكتفي به ؛ لأنه لا حاجة معه إلى الزجر بغيره وقد قال ابن مسعود : ما كانت حدود فيها قتل إلا

---

(١) سبق تخريجه ص: ٤١٥.

(٢) سبق تخريجه ص: ٤٠٧.

أحاط القتل بذلك كله ، وإن لم يكن فيها قتل استوفيت كلها وبدئ بالأخف فالأخف فيبدأ بالجلد ثم بالقطع فيقدم الأخف في الجلد على الأثقل فيبدأ في الجلد بحد الشرب ثم بحد القذف إن قلنا أنه حق لله تعالى ثم بحد الزنا وإن قلنا أنه حق لآدمي قدمناه ثم بحد الشرب ثم بحد الزنا .

مسألة : **(وإذا تحاكم إلينا أهل الذمة حكمنا عليهم بما حكم الله علينا)** .

أما إن تحاكم إلينا أهل الذمة أو استعدى بعضهم على بعض فالحاكم مخير بين إحضارهم والحكم بينهم وبين تركهم ، سواء كانوا من أهل دين واحد أو من أهل أديان . هذا المنصوص عن أحمد وهو أحد قولي الشافعي وحكى أبو الخطاب عن أحمد رواية أخرى أنه يجب الحكم بينهم وهذا القول الثاني للشافعي واختيار المزني ؛ لقول الله تعالى : ﴿وأن احكم بينهم بما أنزل الله﴾ [المائدة :٤٩] .

ولأنه لا يلزمه دفع من قصد واحداً منهما بغير حق فلزمه الحكم بينهما كالمسلمين .

ولنا قوله تعالى : ﴿فإن جاؤك فاحكم بينهم أو أعرض عنهم﴾ [المائدة :٤٢] فخيره بين الأمرين ولا خلاف في أن هذه الآية نزلت فيمن وادعه رسول الله ﷺ من يهود المدينة .

ولأنهما كافران فلا يجب الحكم بينهما كالمعاهدين ، والآية التي احتجوا بها محمولة على من اختار الحكم بينهم ؛ لقوله تعالى : ﴿وإن حكمت فاحكم بينهم بالقسط﴾ [المائدة :٤٢] جمعاً بين الآيتين فإنه لا يصار إلى النسخ مع إمكان الجمع .

إذا ثبت هذا فإنه إذا حكم بينهم لم يجز له الحكم إلا بحكم الإسلام للآيتين .

ولأنه لا يجوز له الحكم إلا بالقسط كما في حق المسلمين ومتى حكم بينهما لزمهما حكمه ، ومن امتنع منهما أجبره على قبول حكمه وأخذه به ؛ لأنه إنما دخل في العهد بشرط التزام أحكام الإسلام .

قال أحمد : لا يبحث عن أمرهم ولا يسأل عن أمرهم إلا أن يأتوهم فإن ارتفعوا إلينا أقمنا عليهم الحد على ما فعل النبي عليه السلام . وقال أيضاً : حكمنا

يلزمهم وحكمنا جائز على جميع الملل ولا يدعوهما الحاكم فإن جاؤوا حكمنا بحكمنا.

إذا ثبت هذا فإنه إذا رفع إلى الحاكم من أهل الذمة من فعل محرماً يوجب عقوبته مما هو محرم عليهم في دينهم كالزنا والسرقة والقذف والقتل فعليه إقامة حده فإن كان زنا جلد إن كان بكراً وغرب عاماً وإن كان محصناً رجم؛ لما روى ابن عمر «أن النبي ﷺ أتي بيهوديين فَجَرَا بعد إحصانهما، فأمر بهما فرُجما»[(١)].

وعن ابن عمر «أن اليهود جاءوا إلى النبي ﷺ فقالوا له: إن رجلاً منا وامرأة زنيا فقال رسول الله ﷺ: ما تجدون في التوراة؟ فقالوا: نفضحُهم ويُجلدون. فقال عبدالله بن سلام: كذبتم إن فيها الرجم. فأتوا بالتوراة فنشرُوها، فوضع أحدهم يده على آية الرجم فقرأ ما قبلها وما بعدها فقال عبدالله بن سلام: ارفع يدك فرفع يده فإذا فيها آية الرجم فقالوا: صدق يا محمد فيها آية الرجم. فأمر بهما رسول الله ﷺ فرُجما»[(٢)] متفق عليه.

وإن كان يعتقد إباحته كشرب الخمر لم يحد؛ لأنه لا يعتقد تحريمه فلم تلزمه عقوبته كالكفر، وإن تظاهر به عزر؛ لأنه أظهر منكراً في دار الإسلام فعزر عليه كالمسلم.

مسألة: (وإذا قذف بالغ حراً مسلماً أو حرة مسلمة جلد الحد ثمانين).

القذف هو: الرمي بالزنا وهو محرم بإجماع الأمة. والأصل في تحريمه الكتاب والسنة.

أما الكتاب؛ فقول الله: ﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدًا وأولئك هم الفاسقون﴾ [النور:٤]. وقال: ﴿إن الذين يرمون المحصنات الغافلات المؤمنات لعنوا في الدنيا والآخرة ولهم عذاب عظيم﴾ [النور:٢٣].

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٤٤٥٢) ٤: ١٥٦ كتاب الحدود، باب في رجم اليهوديين.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٣٤٣٦) ٣: ١٣٣٠ كتاب المناقب، باب قول الله تعالى: ﴿يعرفونه كما يعرفون أبناءهم...﴾.

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٦٩٩) ٣: ١٣٢٦ كتاب الحدود، باب رجم اليهود أهل الذمة في الزنا.

وأما السنة ؛ فقول النبي ﷺ : «اجتنبوا السبع الموبقات . قالوا : وما هن يا رسول الله! قال : الشرك بالله ، وقتل النفس التي حرم الله ، والسحر ، وأكل الربا ، وأكل مال اليتيم ، والتولي يوم الزحف ، وقذف المحصنات المؤمنات الغافلات»[1] متفق عليه .

والمحصنات هاهنا : العفائف ، والمحصنات في القرآن جاءت بأربعة معان :

أحدها : هذا ، والثاني : بمعنى المزوجات كقوله : ﴿والمحصنات من النساء إلا ما ملكت أيمانكم﴾ [النساء:٢٤] ، وقوله : ﴿محصنات غير مسافحات﴾ [النساء:٢٥] .

الثالث : بمعنى الحرائر كقوله : ﴿ومن لم يستطع منكم طولاً أن ينكح المحصنات المؤمنات﴾ [النساء:٢٥] ، وقوله : ﴿والمحصنات من المؤمنات والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم﴾ [المائدة: ٥] ، وقوله : ﴿فعليهن نصف ما على المحصنات﴾ [النساء:٢٥] .

الرابع : بمعنى الإسلام كقوله تعالى : ﴿فإذا أحصن﴾ [النساء:٢٥] قال ابن مسعود : إحصانها إسلامها . وأجمع العلماء على وجوب الحد على من قذف المحصن إذا كان مكلفاً ، وشرائط الإحصان الذي يجب الحد بقذف صاحبه خمس العقل والحرية والإسلام والعفة عن الزنا وأن يكون كبيراً يجامع مثله ، وبه قال جماعة العلماء قديماً وحديثاً . واختلفت الرواية عن أحمد رضي الله عنه في اشتراط البلوغ فعنه أنه شرط وبه قال أبو حنيفة وأصحابه والشافعي ؛ لأنه أحد شرطي التكليف فأشبه العقل .

ولأن زنا الصبي لا يوجب حداً فلا يجب الحد بالقذف به كزنا المجنون .

والثانية : لا يشترط ؛ لأنه حر عاقل عفيف يتعيّر بهذا القول الممكن صدقه فأشبه الكبير وهذا قول مالك .

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٦٤٦٥) ٦ : ٢٥١٥ كتاب المحاربين من أهل الكفر والردة ، باب رمي المحصنات.

وأخرجه مسلم في صحيحه (٨٩) ١ : ٩٢ كتاب الإيمان ، باب بيان الكبائر وأكبرها.

فعلى هذه الرواية لا بد أن يكون كبيراً يجامع مثله وأدناه أن يكون للغلام عشر وللجارية تسع .

مسألة : **(إذا طالب المقذوف ولم يكن للقاذف بينة)** .

يعتبر لإقامة الحد بعد تمام القذف بشروطه شرطان :

أحدهما : مطالبة المقذوف ؛ لأنه حق له فلا يستوفي قبل طلبه كسائر حقوقه .

والثاني : أن لا يأتي ببينة لقوله تعالى : ﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم﴾ [النور :٤] فشرط في جلدهم عدم البينة وكذلك يشترط عدم الإقرار من المقذوف ؛ لأنه في معنى البينة وإن كان القاذف زوجاً اعتبر شرط ثالث وهو امتناعه من اللعان ولا نعلم في هذا خلافاً وتعتبر استدامة الطلب إلى إقامة الحد فلو طلب ثم عفى عن الحد سقط وبهذا قال الشافعي ؛ لأنه حق لا يستوفي إلا بعد مطالبة الآدمي باستيفائه فسقط بعفوه كالقصاص .

وإذا قلنا بوجوب الحد بقذف من لم يبلغ لم تجز إقامته حتى يبلغ ويطالب به بعد بلوغه ؛ لأن مطالبته قبل البلوغ لا توجب الحد لعدم اعتبار كلامه وليس لوليه المطالبة عنه ؛ لأنه حق شرع للتشفي فلم يقم غيره مقامه في استيفائه كالقصاص ، فإذا بلغ وطالب أقيم حينئذ ولو قذف غائباً لم يقم عليه الحد حتى يقدم ويطالب إلا أن يثبت أنه طالب في غيبته . قال صاحب المغني : ويحتمل أن لا تجوز إقامته في غيبة بحال ؛ لأنه يحتمل أن يعفو بعد المطالبة فيكون ذلك شبهة في درء الحد لكونه يدرأ بالشبهات .

مسألة : **(وإن كان القاذف عبداً أو أمة جلد أربعين بأدون من السوط الذي يجلد به الحر)** .

أجمع أهل العلم على وجوب الحد على العبد إذا قذف الحر المحصن ؛ لأنه داخل في عموم الآية وحده أربعون في قول أكثر أهل العلم روي عن عبدالله بن

عامر بن ربيعة أنه قال: «أدركت أبا بكر وعمر وعثمان ومن بعدهم من الخلفاء فلم أرَهم يضربونَ المملوك إذا قذفَ إلا أربعين»[1].

ولأنه حد يتبعض فكان العبد فيه على النصف من الحر كحد الزنى.

إذا ثبت أنه أربعون فإنه يكون بدون السوط الذي يجلد به الحر؛ لأنه لما خفف في قدره خفف في سوطه كما أن الحدود في أنفسها كلما قل منها كان سوطه أخف فالجلد في الشرب أخف منه في القذف وفي القذف أخف منه في الزنا ويحتمل أن يساوي العبد الحر في السوط؛ لأنه على النصف ولا يتحقق التنصيف إلا مع المساواة في السوط.

مسألة: **(وإذا قال له: يا لوطي سئل عما أراد فإن قال: أردت أنك من قوم لوط فلا شيء عليه، وإن قال: أردت أنك تعمل عمل قوم لوط فهو كمن قذف بالزنا)**.

هذه المسألة تشتمل على حكمين:

أحدها: أن من قذف رجلاً بعمل قوم لوط إما فاعلاً وإما مفعولاً به فعليه حد القذف وبه قال الحسن والزهري ومالك وأبو يوسف ومحمد بن الحسن. وقال عطاء وأبو حنيفة: لا حد عليه؛ لأنه قذف بما لا يوجب الحد عنده وعندنا هو موجب للحد وقد بيناه فيما مضى، وكذلك لو قذف امرأة أنها وطئت في دبرها أو قذف رجلاً بوطء امرأة في دبرها فعليه الحد عندنا وعند أبي حنيفة لا حد عليه، ومبنى الخلاف هاهنا على الخلاف في وجوب حد الزنا على فاعل ذلك وقد تقدم الكلام فيه، وكل ما لا يجب الحد بفعله لا يجب الحد على القاذف به كما لو قذف إنساناً بالمباشرة دون الفرج أو بالوطء بالشبهة أو قذف امرأة بالمساحقة أو بالوطء مستكرهة لم يجب الحد على القاذف؛ لأنه رماه بما لا يوجب الحد فأشبه ما لو قذفه باللمس والنظر.

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٢٨٢١٥) ٥: ٤٨٣ كتاب الحدود، في العبد يقذف الحر كم يضرب؟

الحكم الثاني : إذا قال : أردت أنك من قوم لوط فاختلفت الرواية عن أحمد فروى عنه جماعة أنه يجب عليه الحد بقوله : يا لوطي ولا يسمع تفسيره بما يحيل القذف وهذا اختيار أبي بكر ونحوه قال الزهري ومالك .

والرواية الثانية : أنه لا حد عليه نقلها المروزي . قال الحسن : إذا قال نويت أن دينه دين لوط فلا حد عليه ، وإن قال : أردت أنه يعمل عمل قوم لوط فعليه الحد ، ووجه ذلك أنه فسر كلامه بما لا يوجب الحد فلم يجب عليه الحد كما لو فسره به متصلاً بكلامه وروي عن أحمد رواية أخرى أنه إذا كان في غضب قال : إنه لأهل أن يقام عليه الحد ؛ لأن قرينة الغضب تدل على إرادة القذف بخلاف حال الرضا ، والصحيح الرواية الأولى ؛ لأن هذه الكلمة لا يفهم منها إلا القذف بعمل قوم لوط فكانت صريحة فيه كقوله : يا زاني .

ولأن قوم لوط لم يبق منهم أحد ولا يحتمل أن ينتسب إليهم .

مسألة : **(وكذلك من قال : يا معفوج)** .

المنصوص عن أحمد فيمن قال : يا معفوج أن عليه الحد وكلام الخرقي يقتضي أنه يرجع إلى تفسيره فإن فسره بغير الفاحشة مثل إن قال : أردت يا مفلوج أو يا مصاباً دون الفرج ونحو هذا فلا حد عليه ؛ لأنه فسره بما لا حد فيه وإن فسره بعمل قوم لوط فعليه الحد كما لو صرح به . ووجه القولين ما تقدم في التي قبلها .

وكلام الخرقي : يقتضي أن لا يجب الحد على القاذف إلا بلفظ صريح لا يحتمل غير القذف وهو أن يقول : يا زاني أو ينطق باللفظ الحقيقي في الجماع ، وأما ما عداه من الألفاظ فيرجع فيه إلى تفسيره لما ذكرنا في هاتين المسألتين ، فلو قال لرجل : يا مخنث أو لامرأة : يا قحبة وفسره بما ليس بقذف مثل أن يريد بالمخنث أن فيه طباع التأنيث والتشبه بالنساء أو بالقحبة أنها تستعد لذلك فلا حد عليه .

مسألة : **(ومن قذف رجلاً فلم يقم الحد حتى زنى المقذوف لم يزل الحد عن القاذف)** .

وبهذا قال المزني وأبو ثور؛ لأن الحد قد وجب وتم بشروطه فلا يسقط بزوال شرط الوجوب كما لو زنى بأمة ثم اشتراها أو سرق عيناً فنقصت قيمتها أو ملكها أو كما لو جن المقذوف بعد المطالبة.

مسألة: **(ومن قذف مشركاً أو عبداً أو مسلماً له دون العشر سنين أو مسلمة لها دون التسع سنين أدب ولم يحد).**

قد ذكرنا أن الإسلام والحرية وإدراك سن يجامع مثله في مثله شروط لوجوب الحد على قاذفه فإذا انتفى أحدها لم يجب الحد على قاذفه بل يجب تأديبه ردعاً له عن أعراض المعصومين وكفاً له عن أذاهم. وحد الصبي الذي يجب الحد بقذفه أن يبلغ الغلام عشراً والجارية تسعاً في إحدى الروايتين وقد سبق ذلك.

مسألة: **(ومن قذف من كان مشركاً وقال: أردت أنه زنى وهو مشرك لم يلتفت إلى قوله وحد القاذف إذا طالب المقذوف وكذلك من كان عبداً).**

إنما كان كذلك؛ لأنه قذفه في حال كونه مسلماً محصناً وذلك بمقتضى وجوب الحد عليه لعموم الآية ووجود المعنى فإذا ادعى ما يسقط الحد عنه لم يقبل منه كما لو قذف كبيراً ثم قال: أردت أنه زنا وهو صغير وأما إن قال له: زنيت في شركك فلا حد عليه وبه قال الزهري وأبو حنيفة وأصحابه وحكى أبو الخطاب عن أحمد رواية أخرى أنه يحد وبه قال مالك؛ لأن القذف وجد في حال كونه محصناً.

ولنا أنه أضاف القذف إلى حال ناقصة أشبه ما لو قذفه في حال الشرك.

ولأنه قذفه بما لا يوجب الحد على المقذوف فأشبه ما لو قذفه بالوطء دون الفرج وهكذا الحكم لو قذف من كان رقيقاً فقال: زنيت في حال رقك أو قال: زنيت وأنت طفل.

مسألة: **(ويحد من قذف الملاعنة).**

نص أحمد على هذا وهو قول ابن عمر وابن عباس والحسن ومالك والشافعي وجمهور الفقهاء ولا نعلم فيه خلافاً وقد روى ابن عباس «أن النبي ﷺ قضى في

الملاعنة أن لا تُرْمَى ولا يُرْمَى ولدُهَا. ومن رمَاها أو رمى ولدَها فعليه الحد»[1].
رواه أبو داود.

ولأن حصانتها لم تسقط باللعان ولا يثبت الزنا به ولذلك لم يلزمها حد، ومن قذف ابن الملاعنة فقال: هو ولد زنا فعليه الحد للخبر والمعنى وكذلك إن قال: هو من الذي رميت به وأما إن قال: ليس هو ابن فلان يعني الملاعن وأراد أنه منفي عنه شرعاً فلا حد عليه؛ لأنه صادق.

مسألة: **(وإذا قذفت المرأة لم يكن لولدها المطالبة إذا كانت الأم في الحياة)**.

وإن قذفت أمه وهي ميتة مسلمة كانت أو كافرة حرة كانت أو أمة حد القاذف إذا طالب الابن وكان حراً مسلماً. أما إذا قذفت الأم وهي في الحياة فليس لولدها المطالبة؛ لأن الحق لها فلا يطالب به غيرها ولا يقوم غيرها مقامها سواء كانت محجوراً عليها أو غير محجور عليها؛ لأنه حق يثبت للتشفي فلا يقوم فيه غير المستحق مقامه كالقصاص. وتعتبر حصانتها؛ لأن الحق لها فتعتبر حصانتها كما لو لم يكن لها ولد، وأما إن قذفت وهي ميتة كان لولدها المطالبة؛ لأنه قدح في نسبه؛ لأنه بقذف أمه ينسبه إلى أنه من الزنا ولا يستحق ذلك بطريق الإرث ولذلك تعتبر الحصانة فيه ولا تعتبر الحصانة في أمه؛ لأن القذف له. وقال أبو بكر: لا يجب الحد بقذف ميت بحال وهو قول أبي حنيفة وأصحابه؛ لأنه قذف لمن لا تصح منه المطالبة فأشبه قذف المجنون. وأكثر أهل العلم لا يرون الحد على من لم يقذف محصناً حياً ولا ميتاً؛ لأنه إذا لم يحد بقذف غير المحصن إذا كان حياً فلأن لا يحد بقذفه بعد موته أولى.

ولنا قول النبي ﷺ في ابن الملاعنة: «ومن رمى ولدها فعليه الحد»[2] يعني: من رماه بأنه ولد زنا وإذا وجب بقذف ابن الملاعنة بذلك فبقذف غيره أولى.

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٢٢٥٦) ٢: ٢٧٦ كتاب الطلاق، باب في اللعان.
(٢) سبق قريباً.

وأما إن قذفت أمه بعد موتها وهو مشرك أو عبد فلا حد عليه في ظاهر كلام الخرقي سواء كانت الأم حرة مسلمة أو لم تكن.

مسألة: **(ومن قذف أم النبي ﷺ قتل مسلماً كان أو كافراً)**.

يعني: أن حده القتل ولا تقبل توبته نص عليه أحمد، وحكى أبو الخطاب رواية أخرى أن توبته تقبل وبه قال أبو حنيفة والشافعي مسلماً كان أو كافراً؛ لأن هذا ردّة منه والمرتد يستتاب وتصح توبته.

ولنا أن هذا حد قذف فلا يسقط بالتوبة كقذف غير أم النبي عليه السلام.

ولأنه لو قبلت توبته وسقط حده لكان أخف حكماً من قذف آحاد الناس؛ لأن قذف غيره لا يسقط بالتوبة ولا بد من إقامته. واختلفت الرواية عن أحمد فيما إذا كان القاذف كافراً فأسلم فعنه أنه لا يسقط بإسلامه؛ لأنه حد قذف فلم يسقط بالإسلام كقذف غيره، وعنه أنه يسقط؛ لأنه لو سب الله في كفره ثم أسلم سقط عنه القتل فسب نبيه أولى.

ولأن الإسلام يجب ما قبله والخلاف في سقوط القتل عنه وأما توبته فيما بينه وبين الله فمقبولة فإن الله يقبل التوبة من الذنوب كلها. والحكم في قذف النبي ﷺ كالحكم في قذف أمه؛ لأن قذف أمه إنما أوجب القتل لكونه قذفاً للنبي ﷺ وقدحاً في نسبه.

مسألة: **(وإذا قذف الجماعة بكلمة واحدة فحد واحد إذا طالبوا أو واحد منهم)**.

وبهذا قال أبو حنيفة وأصحابه ومالك، وعن أحمد بكل واحد حد كامل، وللشافعي قولان كالروايتين. ووجه هذا أنه قذف كل واحد منهم فلزمه له حد كامل كما لو قذفهم بكلمات.

ووجه الأول وهو أصح قول الله تعالى: ﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة﴾ [النور: ٤] ولم يفرق بين قذف واحد أو جماعة.

ولأن الذين شهدوا على المغيرة قذفوا امرأة فلم يحدهم عمر إلا حداً واحداً.

ولأنه قذف واحد فلم يجب إلا حد واحد كما لو قذف واحداً .

ولأن الحد إنما وجب بإدخال المعرة على المقذوف بقذفه وبحد واحد يظهر كذب هذا القاذف وتزول المعرة فوجب أن يكتفى به بخلاف ما إذا قذف كل واحد قذفاً مفرداً فإن كذبه في قذف لا يلزم منه كذبه في آخر ولا تزول المعرة عن أحد المقذوفين بحده للآخر .

إذا ثبت هذا فإنهم إن طلبوه جملة حد لهم وإن طلبه واحد أقيم الحد ؛ لأن الحق ثابت لهم على سبيل البدل فإنهم طالب به استوفي وسقط فلم يكن لغيره الطلب به كحق المرأة على أوليائها تزويجها إذا قام به واحد سقط عن الباقين وإن أسقطه أحدهم فلغيره المطالبة به واستيفاؤه ؛ لأن المعرة عنه لم تزل بعفو صاحبه وليس للعافي الطلب به ؛ لأنه قد أسقط حقه منه .

وعن أحمد إن طلبوه دفعة واحدة فحد واحد ، وكذلك إن طلبوه واحداً بعد واحد إلا أنه إن لم يقم حتى طلبه الكل فحد واحد ، وإن طلبه واحد فأقيم له ثم طلبه آخر أقيم له وكذلك جميعهم وهذا قول عروة ؛ لأنهم إذا اجتمعوا على طلبه وقع استيفاؤه لجميعهم ، فإذا طلبه واحد منفرداً كان استيفاؤه له وحده فلم يسقط حق الباقين بغير استيفائهم ولا إسقاطهم .

مسألة : **(ومن قَتَلَ أو أتى حداً خارج الحرم ثم لجأ إلى الحرم ، لم يُبَايع ولم يُشارَ حتى يخرج من الحرم فيقامَ عليه الحد)** .

أما إذا جنى جناية توجب قتلاً خارج الحرم ثم لجأ إليه لم يستوف منه فيه ، وهذا قول ابن عباس والزهري وأبو حنيفة وأصحابه وأما غير القتل من الحدود كلها والقصاص فيما دون النفس فعن أحمد فيها روايتان :

إحداهما : لا تستوفي من الملتجئ إلى الحرم فيه .

والثانية: تستوفى وهو مذهب أبي حنيفة؛ لأن المروي عن النبي عليه السلام النهي عن القتل بقوله: «لا يسفك فيها دم»(1) وحرمة النفس أعظم فلا يقاس غيرها عليها.

ولأن الحد بالجلد جرى مجرى التأديب فلم يمنع منه كتأديب السيد عبده، والأولى ظاهر كلام الخرقي وهي ظاهر المذهب. قال أبو بكر: هذه مسألة وجدتها مفردة لحنبل عن عمه أن الحدود كلها تقام في الحرم إلا القتل والعمل على أن كل جان دخل الحرم لم يقم عليه حد جنايته حتى يخرج منه، وإن هتك حرمة الحرم بالجناية فيه هتكت حرمته بإقامة الحد عليه فيه، وقال مالك والشافعي وابن المنذر: يستوفى منه فيه؛ لعموم الأمر بجلد الزاني وقطع السارق واستيفاء القصاص من غير تخصيص بمكان دون مكان، وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال: «إن الحرم لا يُعيذُ عَاصِياً ولا فَارًّا بخربة ولا دم»(2).

وقد «أمر النبي عليه السلام بقتل ابن خطلٍ وهو متعلقٌ بأستارِ الكعبَة»(3) حديث حسن صحيح.

ولأنه حيوان أبيح دمه لعصيانه فأشبه الكلب العقور.

ولنا قول الله تعالى: ﴿ومن دخله كان آمناً﴾ [آل عمران:97] يعني الحرم بدليل قوله: ﴿فيه آيات بينات مقام إبراهيم﴾ [آل عمران:97] والخبر أريد به الأمر؛ لأنه لو أريد الخبر لأفضى إلى وقوع الخبر خلاف المخبر.

وقال النبي عليه السلام: «إن الله حرمَ مكةَ ولم يحرمها الناس فلا يحلُ لامرئ يؤمنُ بالله واليومِ الآخرِ أن يَسْفِكَ فيها دَماً ولا يعضد بها شجرة فإن أحد ترخص

(1) أخرجه البخاري في صحيحه (1737) 2: 651 كتاب الحج، باب لا يحل القتال بمكة.
وأخرجه مسلم في صحيحه (1353) 2: 986 كتاب الحج، باب تحريم مكة وصيدها وخلاها...

(2) أخرجه البخاري في صحيحه (104) 1: 51 كتاب العلم، باب ليبلغ العلم الشاهد الغائب.
وأخرجه مسلم في صحيحه (1354) 2: 987 كتاب الحج، باب تحريم مكة وصيدها وخلاها...

(3) أخرجه البخاري في صحيحه (1749) 2: 655 كتاب الحج، باب دخول الحرم ومكة بغير إحرام.
وأخرجه مسلم في صحيحه (1357) 2: 989 كتاب الحج، باب جواز دخول مكة بغير إحرام.
وأخرجه الترمذي في جامعه (1693) 4: 202 كتاب الجهاد، باب ما جاء في المغفر.

لقتال رسول الله ﷺ فقولوا : إن الله أذن لرسوله ولم يأذن لكم وإنما أذن لي ساعة من نهار وقد عادت حرمتها اليوم كحرمتها بالأمس فليبلغ الشاهد الغائب»[1] .

وقال النبي عليه السلام : «إن الله حرمَ مكةَ يوم خلقَ السمواتِ والأرض ، وإنما أُحلّتْ لي ساعةً من نهار ثم عادتْ إلى حرمتِها . فلا يُسفك فيها دم»[2] متفق عليهما .

فالحجة فيه من وجهين :

أحدهما : أنه حرم سفك الدم بها على الإطلاق وتخصيص مكة بهذا يدل على أنه أراد العموم فإنه لو أراد سفك الدم الحرام لم تختص به مكة فلا يكون التخصيص مفيداً .

الثاني : قوله : «إنما أُحلّتْ لي ساعةً من نهار ثم عادتْ حرمتها» ومعلوم أنه إنما أحل له سفك دم حلال في غير الحرم فحرمها الحرم ثم أحلت له ساعة ثم عادت الحرمة ثم أكد هذا بمنعه قياس غيره عليه والاقتداء به فيه بقوله : «فإن أحد ترخص بقتال رسول الله ﷺ فقولوا : إن الله أذن لرسوله ولم يأذن لكم» وهذا يدفع ما احتجوا به من قتل ابن خطل فإنه من رخصة رسول الله ﷺ التي منع الناس أن يقتدوا به فيها وبين أنها له على الخصوص . وما رووه من الحديث فهو من كلام عمرو بن سعيد الأشدق يرد به قول رسول الله ﷺ حين روى له أبو شريح هذا الحديث ، وقول رسول الله ﷺ أحق أن يتبع ، وأما جلد الزاني وقطع السارق والأمر بالقصاص فإنما هو مطلق في الأمكنة والأزمنة فإنه يتناول مكاناً غير معين ضرورة أنه لا بد من مكان فيمكن إقامته في مكان غير الحرم ثم لو كان عاماً فإن ما رويناه خاص يخص به[3] مع أنه قد خص ما ذكروه الحامل والمريض المرجو برؤه فيؤخر الحد عنه ويؤخر قتل الحامل فجاز أن يخص أيضاً بما ذكرناه والقياس

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (١٠٤) ١: ٥١ كتاب العلم، باب ليبلغ العلم الشاهد الغائب.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٣٥٤) ٢: ٩٨٧ كتاب الحج، باب تحريم مكة وصيدها وخلاها...

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (١٧٣٧) ٢: ٦٥١ كتاب الحج، باب لا يحل القتال بمكة.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٣٥٣) ٢: ٩٨٦ كتاب الحج، باب تحريم مكة وصيدها وخلاها...

(٣) في الأصل: بحضرته، وما أثبتناه من المغني ١٠: ٢٣٧.

على الكلب العقور غير صحيح فإن ذلك طبعه الأذى فلم يحرمه الحرم ليدفع أذاه عن أهله أما الأذى فالأصل فيه الحرمة وحرمته عظيمة وإنما أبيح لعارض فأشبه الصائل من الحيوانات المباحة من المأكولات فإن الحرم يعصمها .

إذا ثبت هذا فإنه لا يبايع ولا يشارى ولا يطعم ولا يؤوى ويقال له : اتق الله واخرج إلى الحل ليستوفي منك الحق الذي قبلك فإذا خرج استوفي حق الله منه وهذا قول أهل العلم وإنما كان كذلك ؛ لأنه لو أطعم وآوى لتمكن من الإقامة دائماً فيضيع الحق الذي عليه وإذا منع من ذلك كان وسيلة إلى خروجه فيقام فيه حق الله وليس علينا إطعامه كما أن الصيد لا يصاد في الحرم وليس علينا القيام به .

قال ابن عباس : «من أصاب حداً ثم لجأ إلى الحرم فإنه لا يُجالس ولا يُبَايَعُ ولا يُؤْوَى ويأتيه الذي يطلبه فيقول : أي فلان اتق الله فإذا خرج من الحرم أقيم عليه الحد»[1] رواه الأثرم .

فإن قتل من له عليه القصاص في الحرم أو أقام حداً بجلد أو قتل أو قطع طرف أساء ولا شيء عليه ؛ لأنه استوفى حقه في حال لم يكن له استيفاؤه فيه أشبه ما لو اقتص في شدة حر أو برد مفرط .

مسألة : **(وإن قتل أو أتى حداً في الحرم أقيم عليه في الحرم)** .

أما من انتهك حرمة الحرم بجناية فيه توجب حداً أو قصاصاً فإنه يقام عليه حدها لا نعلم فيه خلافاً وقد روى الأثرم بإسناده عن ابن عباس أنه قال : «من أحدَثَ حدثًا في الحرمِ أُقيمَ عليه ما أحدَثَ فيه من شيء»[2] .

---

(١) لم أقف عليه هكذا . وقد أخرج نحوه ابن أبي شيبة في مصنفه عن عطاء (٢٨٩٠٧) ٥: ٥٤٩ كتاب الحدود، في إقامة الحدود والقود في الحرم.
وأخرجه ابن جرير في تفسير سورة آل عمران آية ٩٧ . تفسير الطبري ٤: ١٢ ، ١٣.

(٢) لم أقف عليه هكذا . وقد أخرج نحوه ابن أبي شيبة في مصنفه عن مجاهد (٢٨٩٠٥) ٥: ٥٤٨ كتاب الحدود، في إقامة الحدود والقود في الحرم.
وأخرجه ابن جرير في تفسير سورة آل عمران آية ٩٧ . تفسير الطبري ٤: ١٣.

وقد أمر الله بقتال من قاتل في الحرم فقال: ﴿ولا تقاتلوهم عند المسجد الحرام حتى يقاتلوكم فيه فإن قاتلوكم فاقتلوهم﴾ [البقرة:١٩١] فأباح قتلهم عند قتالهم في الحرم.

ولأن أهل الحرم يحتاجون إلى الزجر عن ارتكاب المعاصي كغيرهم؛ حفظًا لأنفسهم وأموالهم وأعراضهم. فلو لم يُشرع الحد في حق من ارتكب الحد في الحرم لتعطلت حدودُ الله تعالى في حقهم، وفاتت هذه المصالح التي لا بد منها، ولا يجوز الإخلال بها.

ولأن الجاني في الحرم هاتك لحرمته فلا ينتهض الحرم لتحريم ذمته وصيانته بمنزلة الجاني في دار الملك لا يعصم بحرمة الملك بخلاف الملتجئ إليها بجناية صدرت منه في غيرها. والله أعلم.

باب القطع في السرقة

والأصل فيه الكتاب والسنة والإجماع. أما الكتاب فقول الله تعالى: ﴿والسارقُ والسارقةُ فاقطعوا أيديهما﴾ [المائدة:٣٨].

وأما السنة؛ فما روت عائشة أن رسول الله ﷺ قال: «تقطعُ اليد في ربع دينار فصاعدًا»[١] رواه الجماعة إلا ابن ماجة.

وقال عليه السلام: «إنما هلكَ من كان قبلكم بأنهم كانوا إذا سرقَ فيهم[٢] الشريف تركوه، وإذا سرقَ فيهم الضعيف قطعوه»[٣] رواه أحمد ومسلم والنسائي في أخبار سوى هذين نذكرها في موضعها إن شاء الله تعالى، وأجمع المسلمون على وجوب قطع السارق في الجملة.

مسألة: قال أبو القاسم رحمه الله: (**وإذا سرق ربع دينار من العين، أو ثلاثة دراهم من الورق، أو قيمة ثلاثة دراهم، طعاماً كان أو غيره، وأخرجه من الحرز، قُطِع**).

أما القطع فلا يجب إلا بشروط سبعة:

أحدها: السرقة ومعنى السرقة: أخذ المال على وجه الخفية والاستتار ومنه استراق السمع ومسارقة النظر إذا كان يستخفي بذلك، فإن اختطف واختلس لم

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٦٤٠٧) ٦: ٢٤٩٢ كتاب الحدود، باب قول الله تعالى: ﴿والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما﴾.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٦٨٤) ٣: ١٣١٣ كتاب الحدود، باب حد السرقة ونصابها.
وأخرجه أبو داود في سننه (٤٣٨٤) ٤: ١٣٦ كتاب الحدود، باب ما يقطع فيه السارق.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٤٤٥) ٤: ٥٠ كتاب الحدود، باب ما جاء في كم تقطع يد السارق.
وأخرجه النسائي في سننه (٤٩١٧) ٨: ٧٨ كتاب قطع السارق، ذكر الاختلاف على الزهري.
وأخرجه أحمد في مسنده (٢٣٥٥٩) طبعة إحياء التراث.

(٢) زيادة من الصحيح.

(٣) سيأتي تخريجه قريبا.

يكن سارقاً ولا قطع عليه عند أحد علمناه غير إياس بن معاوية، قال: أقطع المختلس؛ لأنه يستخفي بأخذه فيكون سارقاً، وأهل الفقه والفتوى من علماء الأمصار على خلافه وقد روي عن النبي عليه السلام أنه قال: «ليسَ على الخائنِ ولا المختلِس قطع»[1] رواه أبو داود.

ولأن الواجب قطع السارق، وهذا غير سارق.

ولأن الاختلاس نوع من الخطف والنهب وإنما يستخفي في ابتداء اختلاسه بخلاف السارق.

واختلفت الرواية عن أحمد في جاحد العارية فعنه عليه القطع وهو قول إسحاق؛ لما روي عن عائشة «أن امرأة كانت تستعيرُ المتاعَ وتجحده. فأمرَ النبي عليه السلام بقطع يدها. فأتى أهلها أسامة فكلموه فكلمَ النبي ﷺ فيها. فقال له النبي ﷺ: يا أسامة ألا أراك تشفع في حد من حدود الله ثم قام النبي ﷺ خطيباً فقال: إنما هلكَ من كان قبلكم بأنه إذا سرقَ فيهم الشريف تركوهُ، وإذا سرق فيهم الضعيف قطعوه. والذي نفسي بيده لو كانتْ فاطمةُ بنت محمد لقطعتُ يدها. قالت: فقطع يدها»[2] رواه أحمد ومسلم والنسائي.

قال أحمد: لا أعرف شيئاً يدفعه.

وعن أحمد: لا قطع عليه وهو قول الخرقي وأبي إسحاق بن شاقلا وأبي الخطاب وسائر الفقهاء وهو الصحيح؛ لقول رسول الله ﷺ: «لا قطع على الخائنِ»[3].

ولأن الواجب قطع السارق والجاحد غير سارق وإنما هو خائن أشبه جاحد الوديعة، والمرأة التي كانت تستعير المتاع إنما قطعت لسرقتها لا لجحدها، ألا ترى

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٤٣٩٣) ٤: ١٣٨ كتاب الحدود، باب القطع في الخلسة والخيانة.

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه (١٦٨٨) ٣: ١٣١٦ كتاب الحدود، باب قطع السارق الشريف وغيره والنهي عن الشفاعة في الحدود.
وأخرجه النسائي في سننه (٤٨٩٩) ٨: ٧٣ كتاب قطع السارق، ذكر اختلاف ألفاظ الناقلين لخبر الزهري في المخزومية التي سرقت.
وأخرجه أحمد في مسنده (٢٤٧٦٩) طبعة إحياء التراث.

(٣) سبق تخريجه ص: ٤٣٥.

قوله: «إذا سرق فيهم الشريف تركوه، وإذا سرق فيهم الضعيف قطعوه»[1] وقوله: «والذي نفسي بيده لو كانت فاطمة بنت محمد لقطعت يدها»[2]، وفي بعض ألفاظ رواة هذه القصة عن عائشة «أن قريشاً أهمَّهُم شأن المخزومية التي سرقت... وذكرت القصة»[3] رواه البخاري.

وفي حديث: أنها سرقت قطيفة فروى الأثرم بإسناده عن مسعود بن الأسود قال: «لما سرقت المرأة تلك القطيفة من بيت رسول الله ﷺ أعظمنا ذلك، وكانت امرأة من قريش فجئنا إلى رسول الله ﷺ فقلنا: نحن نفديها بأربعين أوقية. فقال: تُطَهَّرُ خيرٌ لها. فلما سمعنا لين[4] قول رسول الله ﷺ أتينا أسامة فقلنا: كلِّم لنا رسول الله ﷺ»[5] وذكر الحديث نحو سياق عائشة.

وهذا ظاهر في أن القصة واحدة وأنها سرقت فقطعت بسرقتها وإنما عرفتها عائشة بجحدها للعارية لكونها مشهورة بذلك، ولا يلزم أن يكون ذلك سبباً كما لو عرفتها بصفة من صفاتها، وفيما ذكرنا جمع بين الأحاديث وموافقة لظاهر الأحاديث والقياس وفقهاء الأمصار فيكون أولى، وأما جاحد الوديعة وغيرها من الأمانات فلا نعلم أحداً يقول بوجوب القطع عليه.

الشرط الثاني: أن يكون المسروق نصاباً ولا يقطع في القليل في قول أكثر الفقهاء. وقال الحسن وداود وابن بنت الشافعي والخوارج: يقطع في القليل والكثير لعموم الآية، ولما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال: «لعنَ الله السارقَ يسرقُ الحبلَ فتقطعُ يده، ويسرقُ البيضةَ فتقطعُ يده. قال الأعمش: كانوا يرون أنه بيض الحديد والحبل كانوا يرون أنه منها ما يسوى دراهم»[6] متفق عليه.

---

(١) سبق تخريجه ص: ٤٣٥.

(٢) سبق تخريجه ص: ٤٣٥.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه (٣٢٨٨) ٣: ١٢٨٢ كتاب أحاديث الأنبياء، باب ﴿أم حسبت أن أصحاب الكهف والرقيم﴾.

(٤) زيادة من السنن.

(٥) أخرجه ابن ماجة في سننه (٢٥٤٨) ٢: ٨٥١ كتاب الحدود، باب الشفاعة في الحدود.

(٦) أخرجه البخاري في صحيحه (٦٤١٤) ٦: ٢٤٩٣ كتاب الحدود، باب قول الله تعالى: ﴿والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما﴾.

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٦٨٧) ٣: ١٣١٤ كتاب الحدود، باب حد السرقة ونصابها.

وليس لمسلم فيه قول الأعمش.

ولأنه سارق من حرز فتقطع يده كسارق الكثير.

ولنا ما روت عائشة أن رسول الله ﷺ قال: «لا تقطع يد السارق إلا في ربع دينار فصاعدًا»[1] رواه أحمد ومسلم والنسائي وابن ماجة.

وهذا يخص عموم الآية. والحبل يحتمل أن يساوي ذلك وكذلك البيضة يحتمل أن يراد بها بيضة السلاح وهي تساوي ذلك، وقد بيّنه الأعمش في حديثه.

واختلفت الرواية عن أحمد في قدر النصاب الذي يجب القطع بسرقته فروى عنه أبو إسحاق الجوزجاني أنه ربع دينار من الذهب أو ثلاثة دراهم من الورق أو ما قيمته ثلاثة دراهم من غيرهما وهذا قول مالك وإسحاق.

وروى عنه الأثرم أنه إن سرق من غير الذهب والفضة ما قيمته ربع دينار أو ثلاثة دراهم قطع.

فعلى هذا يقوم غير الأثمان بأدنى الأمرين من ربع دينار أو ثلاثة دراهم، وعنه أن الأصل الورق ويقوم الذهب به فإن نقص ربع دينار عن ثلاثة دراهم لم يقطع سارقه وهذا يحكى عن الليث وأبي ثور.

وقالت عائشة: «لا يقطع إلا في ربع دينار فصاعداً»[2]، وروي هذا عن عمر وعثمان وعلي وبه قال الفقهاء السبعة والشافعي؛ لحديث عائشة.

ووجه الرواية الأولى ما روى ابن عمر «أن رسول الله ﷺ قطعَ في مِجَنّ ثمنه ثلاثة دراهم»[3] رواه الجماعة.

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (١٦٨٤) ٣ : ١٣١٣ كتاب الحدود، باب حد السرقة ونصابها.
وأخرجه النسائي في سننه (٤٩١٨) ٨ : ٧٨ كتاب قطع السارق، ذكر الاختلاف على الزهري.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٥٨٥) ٢ : ٨٦٢ كتاب الحدود، باب حد السارق.
وأخرجه أحمد في مسنده (٢٤١٢٥) ٦ : ٣٦.

(٢) أخرجه النسائي في سننه (٤٩٢٨) ٨: ٧٩ كتاب قطع السارق، ذكر اختلاف أبي بكر بن محمد...

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه (٦٤١٣) ٦: ٢٤٩٣ كتاب الحدود، باب قول الله تعالى: ﴿والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما﴾.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٦٨٧) ٣: ١٣١٤ كتاب الحدود، باب حد السرقة ونصابها.
وأخرجه أبو داود في سننه (٤٣٨٥) ٤ : ١٣٦ كتاب الحدود، باب ما يقطع فيه السارق.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٤٤٦) ٤ : ٥٠ كتاب الحدود، باب ما جاء في كم تقطع يد السارق.

قال ابن عبدالبر : هذا أصح حديث يروى في هذا الباب لا يختلف أهل العلم في ذلك .

ولأن ما كان الذهب فيه أصلاً كان الورق فيه أصلاً كنصب الزكوات والديات وقيم المتلفات .

الشرط الثالث : أن يكون المسروق مالاً فإن سرق ما ليس بمال كالحر فلا قطع فيه صغيراً كان أو كبيراً وبهذا قال أبو حنيفة وأصحابه والشافعي .

وقال الحسن ومالك : يقطع بسرقة الحر الصغير ؛ لأنه غير مميز أشبه العبد . وذكر أبو الخطاب رواية عن أحمد .

ووجه الرواية الأولى وهي أصح أن الحر ليس بمال فلا يقطع بسرقته كالكبير النائم .

إذا ثبت هذا فإنه إن كان عليه حلي أو ثياب تبلغ نصاباً لم يقطع وبه قال أبو حنيفة وأكثر أصحاب الشافعي ، وذكر أبو الخطاب وجهاً آخر أنه يقطع وبه قال أبو يوسف لظاهر الكتاب .

ولأنه سرق نصاباً من الحلي فوجب القطع كما لو سرقه منفرداً .

ووجه الأول وهو أصح أنه تابع لما لا قطع في سرقته أشبه ثياب الكبير .

ولأن يد الصبي على ما عليه بدليل أن ما يوجد مع اللقيط يكون له وهكذا لو كان الكبير نائماً على متاع فسرقه ومتاعه لم يقطع ؛ لأن يده عليه .

الشرط الرابع : أن يسرق من حرز ويخرجه منه وهذا قول أكثر أهل العلم وبه قال أبو حنيفة وأصحابه ومالك والشافعي ولا نعلم عن أحد من أهل العلم خلافاً إلا قولاً حكي عن عائشة والحسن والنخعي فيمن جمع المتاع ولم يخرج به من الحرز عليه القطع ، وعن الحسن مثل قول الجماعة ، وحكي عن داود أن الحرز لا يعتبر ؛ لأن الآية لا تفصيل فيها وهذه أقوال شاذة غير ثابتة عمن نقلت عنه .

⇨

وأخرجه النسائي في سننه (٤٩٠٧) ٨ : ٧٦ كتاب قطع السارق، القدر الذي إذا سرقه السارق قطعت يده.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٥٨٤) ٢ : ٨٦٢ كتاب الحدود ، باب حد السارق.
وأخرجه أحمد في مسنده (٤٥٠٣) ٢ : ٦.

قال ابن المنذر: وليس فيه خبر ثابت ولا مقال لأهل العلم إلا ما ذكرناه فهو كالإجماع والإجماع حجة على من خالفه.

وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: «سئل رسول الله ﷺ عن الثمر المعلق. فقال: من أصاب منه بفيه من ذي حاجة غير متخذ خبنة فلا شيء عليه، ومن خرج بشيء منه فعليه غرامة مثليه، وما كان في الخزائن ففيه القطع إذا بلغ ثمن المجن»[1]. رواه أبو داود وابن ماجة.

وهذا الخبر يخص الآية كما خصصناها في اعتبار النصاب، إذا ثبت اعتبار[2] الحرز فالحرز ما عد حرزاً في العرف فإنه لما ثبت اعتباره في الشرع من غير تنصيص على بيانه علم أنه يرد ذلك إلى أهل العرف؛ لأنه لا طريق إلى معرفته إلا من جهته فنرجع إليه كما رجعنا إليه في معرفة القبض والفرقة في البيع وأشباه ذلك.

إذا ثبت هذا فإن من حرز الذهب والفضة والجواهر الصناديق تحت الإغلاق والأقفال الوثيقة في العمران، وحرز الثياب وما خف من المتاع كالصفر والنحاس والرصاص في الدكاكين والبيوت المقفلة في العمران أو يكون فيها حافظ فيكون حرزاً وإن كانت مفتوحة، وإن لم تكن مغلقة ولا فيها حافظ فليست بحرز. وإن كانت فيها خزائن مغلقة فالخزائن حرز لما فيها وما خرج عنها فليس بمحرز، وقد روي عن أحمد في البيت الذي ليس عليه غلق سرق منه أراه سارقاً، وهذا محمول على أن أهله فيه. وأما البيوت التي في البساتين أو الطرق أو الصحراء فإن لم يكن فيها أحد فليست حرزاً سواء كانت مغلقة أو مفتوحة؛ لأن من ترك متاعه في مكان خال من الناس والعمران وانصرف عنه لا يعد حافظاً له، وإن أغلق عليه، وإن كان فيها أهلها أو حافظ فهي حرز سواء كانت مغلقة أو مفتوحة، وإن كان لابساً للثوب أو متوسداً له نائماً أو مستيقظاً أو مفترشاً له أو متكئاً عليه في أي

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (١٧١٠) ٢: ١٣٦ كتاب اللقطة، باب في الشح.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٥٩٦) ٢: ٨٦٥ كتاب الحدود، باب من سرق من الحرز.

(٢) زيادة من المغني ١٠: ٢٥٠.

موضع كان من البلد فهو محرز بدليل «أن رداء صفوان سرق وهو متوسد له فقطع النبي عليه السلام سارقه»[1] ، وإن تدحرج عن الثوب زال الحرز إن كان نائماً ، وإن كان الثوب بين يديه أو غيره من المتاع كبز البزازين وقماش الباعة وخبز الخبازين بحيث يشاهده وينظر إليه فهو محرز وإن نام أو كان غائباً عن موضع مشاهدته فليس بمحرز وإن جعل المتاع في الغرائر وعلم عليها ومعها حافظ يشاهدها فهي محرزة وإلا فلا .

الشرط الخامس والسادس والسابع : كون السارق مكلفاً ، وثبوت السرقة ، ومطالبة المالك بالمسروق ، ونفي الشبهات . ويذكر ذلك في مواضعه إن شاء الله تعالى .

مسألة : **(إلا أن يكون المسروق ثمراً أو كثراً فلا قطع فيه)** .

يعني الثمر في البستان قبل إدخاله الحرز فهذا لا قطع فيه عند أكثر الفقهاء وكذلك الكثر المأخوذ من النخل وهو جمار النخل . روي معنى هذا عن ابن عمر وبه قال أبو حنيفة وأصحابه ومالك والشافعي .

وقال أبو ثور : إن كان من ثمر أو بستان محرز ففيه القطع وبه قال ابن المنذر إن لم يصح خبر رافع قال[2] ولا أحسبه ثابتاً . واحتجا بظاهر الآية وبقياسه على سائر المحرزات .

ولنا ما روى رافع بن خديج أن النبي ﷺ قال : «لا قطعَ في ثَمَرٍ ولا كَثَرٍ»[3] رواه الخمسة .

وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : «سُئلَ رسول الله ﷺ عن الثمر المعلّق . فقال : من أصاب منه بفيه من ذي حاجة غير متخذ خبنة فلا شيء

(١) أخرجه ابن ماجة في سننه (٢٥٩٥) ٢ : ٨٦٥ كتاب الحدود ، باب من سرق من الحرز.
(٢) زيادة من المغني ١٠: ٢٦٢.
(٣) أخرجه أبو داود في سننه (٤٣٨٨) ٤ : ١٣٦ كتاب الحدود ، باب ما لا قطع فيه.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٤٤٩) ٤ : ٥٢ كتاب الحدود ، باب ما جاء لا قطع في ثمر ولا كثر.
وأخرجه النسائي في سننه (٤٩٦٠) ٨ : ٨٦ كتاب قطع السارق، باب ما لا قطع فيه.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٥٩٣) ٢: ٨٦٥ كتاب الحدود، باب لا يقطع في ثمر ولا كثر.
وأخرجه أحمد في مسنده (١٧٢٩٩) ٤ : ١٤٠.

عليه ، ومن خرج بشيء منه فعليه غرامة مثليه والعقوبة ، ومن سرق منه شيئًا بعد أن يؤويه الجرين فبلغ ثمن المجن فعليه القطع »[١] رواه النسائي وأبو داود .

وهذا يخص عموم الآية .

ولأن البستان ليس بحرز لغير الثمر فلم يكن حرزاً له كما لو لم يكن محوطاً وأما إن كانت نخلة أو شجرة في دار محرزة فسرق منها نصاباً ففيه القطع ؛ لأنه سرق من حرز .

مسألة : **(وابتداء قطع السارق أن تقطع يده اليمنى من مفصل الكف ويُحسم ، فإن عاد قطعت رجله اليسرى من مفصل الكعب وحُسمت)** .

لا خلاف بين أهل العلم في أن السارق أول ما تقطع منه يده اليمنى من مفصل الكف وهو الكوع وفي قراءة عبدالله بن مسعود : "فاقطعوا أيمانهما"[٢] وهذا إن كان قراءة وإلا فهو تفسير ، وقد روي عن أبي بكر وعمر أنهما قالا : « إذا سرق السارق فاقطعوا يمينه من الكوع »[٣] ولا مخالف لهما في الصحابة .

ولأن البطش بها أقوى فكانت البداية بها أردع .

ولأنها آلة السرقة فناسب عقوبته بإعدام آلتها وإذا سرق ثانياً قطعت رجله اليسرى وبهذا قال الجماعة إلا عطاء حكي عنه أنه تقطع يده اليسرى لقوله تعالى : ﴿فاقطعوا أيديهما﴾ [المائدة :٣٨] .

ولأنها آلة السرقة والبطش فكانت العقوبة بقطعها أولى .

وروي ذلك عن ربيعة وداود وهذا شذوذ يخالف قول جماعة فقهاء الأمصار من أهل الفقه والأثر من الصحابة والتابعين ومن بعدهم وقول أبي بكر وعمر وقد

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (١٧١٠) ٢ : ١٣٦ كتاب اللقطة ، باب في الشح.
وأخرجه النسائي في سننه (٤٩٥٨) ٨ : ٨٥ كتاب قطع السارق، الثمر يسرق بعد أن يؤويه الجرين.
وأخرجه أحمد في مسنده (٦٧٤٦) ٢ : ١٨٦.

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٨: ٢٧٠ كتاب السرقة، باب السارق يسرق أولاً فتقطع يده اليمنى...

(٣) قال ابن حجر: لم أجده عنهما . تلخيص الحبير ٤: ١٣٢.

روى أبو هريرة عن النبي ﷺ أنه قال في السارق: «إذا سرقَ فاقطعوا يدَه، ثم إن سرقَ فاقطعوا رجلَه»[1].

ولأنه في المحارية الموجبة قطع عضوين إنما تقطع يده ورجله ولا تقطع يداه فنقول: جناية أوجبت قطع عضوين فكانا يداً ورجلاً كالمحاربة.

ولأن قطع يديه يفوت منفعة الجنس فلا تبقى له يد يأكل بها ولا يتوضأ ولا يستطيب ولا يدفع عن نفسه فيصير كالهالك فكان قطع الرجل الذي لا يشتمل على هذه المفسدة أولى.

وأما الآية فالمراد بها[2] قطع يد كل واحد منهما بدليل أنه لا تقطع اليدان في المرة الأولى وفي قراءة عبدالله "فاقطعوا أيمانهما" وإنما ذكر بلفظ الجمع؛ لأن المثنى إذا أضيف إلى المثنى ذكر بلفظ الجمع كقوله: ﴿فقد صغت قلوبكما﴾ [التحريم: ٤].

إذا ثبت هذا فإنه تقطع رجله اليسرى؛ لقول الله تعالى: ﴿أو تُقطّع أيديهم وأرجلهم من خلاف﴾ [المائدة: ٣٣].

ولأن قطع اليسرى أرفق به؛ لأنه يمكنه المشي على خشبة ولو قطعت رجله اليمنى لم يمكنه المشي بحال، وتقطع الرجل من مفصل الكعب في قول أكثر أهل العلم، وفعل ذلك عمر. وكان علي يقطع من نصف القدم من معقد الشراك ويدع له عقباً يمشي عليها وهو قول أبي ثور.

ولنا أنه أحد العضوين المقطوعين في السرقة فيقطع من المفصل كاليد وإذا قطع حسم وهو أن يغلى الزيت فإذا قطع غمس عضوه في الزيت لتنسد أفواه العروق؛ لئلا ينزف الدم فيموت. وقد روي أن النبي ﷺ أتي بسارق سرق شملة فقال: «اقطعوهُ واحسِمُوه»[3] وهو حديث فيه مقال. قاله ابن المنذر.

---

(١) سيأتي تخريجه ص: ٤٤٣.

(٢) في الأصل: به، وما أثبتناه من المغني ١٠: ٢٦٥.

(٣) أخرجه الدارقطني في سننه (٧١) ٣: ١٠٢ كتاب الحدود والديات.

وممن استحب ذلك الشافعي وغيره من أهل العلم ويكون الزيت من بيت المال ؛ لأن النبي ﷺ أمر به القاطع وذلك يقتضي أن يكون من بيت المال فإن لم يحسم فذكر القاضي أنه لا شيء عليه ؛ لأن عليه القطع لا مداواة المحدود. ويستحب للمقطوع حسم نفسه فإن لم يفعل لم يأثم ؛ لأنه ترك التداوي في المرض وهذا مذهب الشافعي.

مسألة : (**فإن عاد حُبِسَ، ولا تُقطع غير يدٍ ورجْل**).

يعني إذا عاد فسرق بعد قطع يده ورجله لم يقطع منه شيء آخر وحبس[1] وبهذا قال علي والحسن والزهري وأبو حنيفة وأصحابه. وعن أحمد أنه تقطع في الثالثة يده اليسرى وفي الرابعة رجله اليمنى وفي الخامسة يعزر ويحبس.

وروي عن أبي بكر وعمر أنهما قطعا يد أقطع اليد والرجل وهذا قول مالك والشافعي، وروي عن عثمان وعمرو بن العاص وعمر بن العزيز أنه تقطع يده اليسرى في الثالثة والرحل اليمنى في الرابعة ويقتل في الخامسة ؛ لأن جابراً قال : «جيء بسارق إلى النبي ﷺ فقال : اقتلوه. فقالوا : يا رسول الله ! إنما سرقَ. فقال : اقطعوه. قال : فقُطع، ثم جيء به الثانية. فقال اقتلوه، قالوا : يا رسول الله ! إنما سرقَ. فقال : اقطعوه. قال : فقُطع، ثم جيء به في الثالثة. فقال اقتلوه، فقالوا : يا رسول الله ! إنما سرقَ. فقال : اقطعوه، فقُطع. ثم جيء به في الرابعة فقال : اقتلوه، قالوا : يا رسول الله ! إنما سرقَ. قال : اقطعوه. ثم أُتي به في الخامسة قال : اقتلوه، قال : فانطلقنا به فقتلناه ثم اجتررناه فألقيناه في بئر»[2] رواه أبو داود.

وعن أبي هريرة «أن النبي عليه السلام قال في السارق : إن سرقَ فاقطعوا يدَه، ثم إن سرق فاقطعوا رجلَه، ثم إن سرقَ فاقطعوا يدَه، ثم إن سرقَ فاقطعوا رجلَه»[3].

---

(١) زيادة من المغني ١٠: ٢٧١.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٤٤١٠) ٤: ١٤٢ كتاب الحدود، باب في السارق يسرق مراراً.

(٣) أخرجه الدارقطني في سننه (٢٩٢) ٣: ١٨١ كتاب الحدود والديات.

ولأن اليسار تقطع قوداً فجاز قطعها في السرقة كاليمنى .

ولأنه فعل أبي بكر وعمر وقد قال عليه السلام : «اقتدوا باللَّذَيْن من بعدي أبو بكر وعمر»(١) .

ولنا ما روى سعيد أبنا أبو معشر عن سعيد بن أبي سعيد المقبري عن أبيه قال : «حضرت علي بن أبي طالب أُتي برجل مقطوع اليد والرجل قد سرق ، فقال لأصحابه : ما ترون في هذا ؟ قالوا : اقطعه يا أمير المؤمنين! قال : أقتله إذاً ، وما عليه القتل . بأي شيء يأكل الطعام ؟ بأي شيء يتوضأ للصلاة ؟ بأي شيء يغتسل من جنابته ؟ بأي شيء يقوم على حاجته ؟ فرده إلى السجن أيامًا . ثم أخرجه فاستشار أصحابه . فقالوا مثل قولهم الأول . وقال لهم مثل ما قال أول مرة . فجلده جلدًا شديدًا ثم أرسله»(٢) .

وروي عنه أنه قال : «إني لأستحي من الله أن لا أدعَ له يداً يبطشُ بها ولا رجلاً يمشي عليها»(٣) .

ولأن في قطع اليدين تفويت منفعة الجنس فلم يشرع في حد كالقتل .

ولأنه لو جاز قطع اليدين لقطعت اليسرى في المرة الثانية ؛ لأنها آلة البطش كاليمين ، وإنما لم تقطع للمفسدة في قطعها ؛ لأن ذلك بمنزلة الإهلاك فإنه لا يمكنه أن يتوضأ ولا يغتسل ولا يستنجي ولا يحترز من نجاسة ولا يزيلها عنه ولا يدفع عن نفسه ولا يأكل ولا يبطش ، وهذه المفسدة حاصلة بقطعها في المرة الثالثة فوجب أن يمنع قطعها كما منعته في المرة الثانية .

---

(١) أخرجه الترمذي في جامعه (٣٦٦٢) ٥: ٦٠٩ كتاب المناقب ، باب في مناقب أبي بكر وعمر رضي الله عنهما كليهما.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٩٧) ١: ٣٧ كتاب المقدمة ، باب في فضائل أصحاب رسول الله ﷺ.

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٨: ٢٧٥ كتاب السرقة ، باب السارق يعود فيسرق ثانياً وثالثاً ورابعاً. نحوه.
وأخرجه عبد الرزاق في مصنفه (١٨٧٦٤) ١٠: ١٨٦ كتاب اللقطة ، باب قطع السارق. نحوه.

(٣) أخرجه الدارقطني في سننه (٢٨٨) ٣: ١٨٠ كتاب الحدود والديات.
وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه نحوه (٢٨٢٥٢) ٥: ٤٨٦ كتاب الحدود، في السارق يسرق فتقطع يده ورجله ثم يعود.

وأما حديث جابر ففي حق شخص استحق القتل بدليل أن النبي عليه السلام أمر به في أول مرة وفي كل مرة وفعل ذلك في الخامسة . وفعل أبي بكر وعمر فقد عارضه قول علي ، وروي عن عمر أنه رجع إلى قول علي فروي أنه أتي برجل أقطع اليد والرجل قد سرق فأمر به أن تقطع رجله فقال علي : إنما قال الله تعالى : ﴿إنما جزاءُ الذين يحاربون الله ورسوله . . . إلى آخر الآية﴾ [المائدة :٣٣] وقد قطعت يد هذا ورجله فلا ينبغي أن تقطع رجله فتدعه ليس له قائمة يمشي عليها إما أن تعزره أو تستودعه السجن فاستودعه السجن .

مسألة : (**والحر والحرة والعبد والأمة في ذلك سواء**) .

أما الحر والحرة فلا خلاف فيهما وقد نص الله على الذكر والأنثى بقوله تعالى : ﴿والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما﴾ [المائدة :٣٨] .

ولأنهما استويا في سائر الحدود فكذلك في هذا وقد قطع النبي عليه السلام سارق رداء صفوان ، وقطع المخزومية التي سرقت القطيفة .

وأما العبد والأمة فإن جمهور الفقهاء وأهل الفتوى على أنهما يجب قطعهما بالسرقة وحكي عن ابن عباس أنه قال : لا قطع عليهما ؛ لأنه حد لا يمكن تنصيفه فلم يجب في حقهما كالرجم .

ولأنه حد فلا يساوي العبد فيه الحر كسائر الحدود .

ولنا عموم الآية ، وروى الأثرم «أن رقيقاً لحاطب بن أبي بلتعة سرقوا ناقة لرجل من مُزينة فانتحروها ، فأمر كثير بن الصلت أن تقطع أيديهم فقال عمر : والله إني لأراك تُجيعُهم ، ولكن لأُغْرِمَنَّك غُرْماً يشُقُّ عليك ثم قال للمُزني : كم ثمن ناقتك ؟ قال : أربعمائة درهم قال عمر : أعطه ثمانمائة درهم»[1] .

وهذه قصة انتشرت فلم تنكر فتكون إجماعاً وقولهم لا يمكن تنصيفه قلنا ولا يمكن تعطيله فيجب تكميله وقياسهم نقلبه عليهم فنقول حد فلا يتعطل في حق

---

(١) أخرجه مالك في موطئه (٣٨) ٢: ٥٧٣ كتاب الأقضية ، باب القضاء في الضواري والحريسة.
وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٨: ٢٧٨ كتاب السرقة ، باب ما جاء في تضعيف الغرامة.
وأخرجه عبد الرزاق في مصنفه (١٨٩٧٧) ١٠: ٢٣٨ كتاب اللقطة ، باب سرقة العبد.

العبد والأمة كسائر الحدود، وفارق الرجم فإن حد الزاني لا يتعطل بتعطيله بخلاف القطع فإن حد السرقة يتعطل بتعطيله.

مسألة: (**ويقطع السارق وإن وهبت له السرقة بعد إخراجها**).

أما السارق إذا ملك العين المسروقة بهبة أو بيع أو غيرهما من أسباب الملك لم يخل من أن يملكها قبل رفعه إلى الحاكم والمطالبة بها عنده أو بعد ذلك فإن ملكها قبله لم يجب القطع؛ لأن من شرطه المطالبة بالمسروق وبعد ملكه له لا تصح المطالبة، وإن ملكها بعده لم يسقط القطع وبهذا قال مالك والشافعي. وقال أبو حنيفة وأصحابه: يسقط؛ لأنها صارت ملكه فلا يقطع في عين هي ملكه كما لو ملكها قبل المطالبة بها.

ولأن المطالبة شرط والشروط يعتبر دوامها و لم يبق لهذه العين مطالب.

ولنا ما روى الزهري عن ابن صفوان عن أبيه «أنه نام في المسجد وتوسد رداءه فأُخذ من تحت رأسه. فجاء بسارقه إلى النبي ﷺ. فأمر به النبي ﷺ أن يقطع. فقال صفوان: يا رسول الله! لم أُرد هذا. ردائي عليه صدقة. فقال رسول الله ﷺ: فهلا قبلَ أن تأتيني به»[1]. رواه ابن ماجة والجوزجاني.

وفي لفظ: «فأتيته. فقلت: أتقطعه من أجل ثلاثين درهمًا. أنا أَبيعُه وأُنسئُه ثمنها. قال: فهلا كان قبل أن تأتيني به»[2]. رواه الخمسة إلا الترمذي.

وفي رواية لأحمد والنسائي: «فقطعه رسول الله ﷺ»[3].

وهذا يدل على أنه لو وجد قبل رفعه إليه لدرأ القطع، وبعده لا يسقطه.

وقولهم: إن المطالبة شرط. قلنا: هي شرط الحكم لا شرط القطع. بدليل أنه لو استرد العين لم يسقط القطع وقد زالت المطالبة.

---

(١) أخرجه ابن ماجة في سننه (٢٥٩٥) ٢: ٨٦٥ كتاب الحدود، باب من سرق من الحرز.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٤٣٩٤) ٤: ١٣٨ كتاب الحدود، باب من سرق من حرز.
وأخرجه النسائي في سننه (٤٨٨٣) ٨: ٦٩ كتاب قطع السارق، ما يكون حرزا وما لا يكون.
وأخرجه ابن ماجة في الموضع السابق.
وأخرجه أحمد في مسنده (٢٧٠٩٧) طبعة إحياء التراث.

(٣) أخرجه النسائي في سننه (٤٨٧٨) ٨: ٦٨ كتاب قطع السارق، الرجل يتجاوز للسارق عن سرقته...

مسألة : (**ولو أخرجها وقيمتها ثلاثة دراهم فلم يقطع حتى نقصت قيمتها قطع**) .

وبهذا قال مالك والشافعي . وقال أبو حنيفة : يسقط القطع ؛ لأن النصاب شرط فيعتبر استدامته إلى حين القطع .

ولنا قول الله تعالى : ﴿والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما﴾ [المائدة :٣٨] .

ولأنه نقص حدث في العين فلم يمنع القطع كما لو حدث باستعماله ، والنصاب شرط لوجوب القطع فلا تعتبر استدامته كالحرز وما ذكره يبطل بالحرز فلو زال الحرز أو ملكه لم يسقط عنه القطع وسواء نقصت قيمتها قبل الحكم أو بعده ؛ لأن سبب الوجوب السرقة فيعتبر النصاب حينئذ . وأما إن نقص النصاب قبل الإخراج لم يجب القطع لعدم الشرط قبل تمام السبب سواء نقصت بفعله أو بغير فعله . وإن وجدت ناقصة و لم يدر هل كانت ناقصة[1] حين السرقة أو حدث النقص بعدها؟ لم يجب القطع ؛ لأن الوجوب لا يثبت مع الشك في شرطه .

ولأن الأصل عدمه .

مسألة : (**وإذا قطع فإن كانت السرقة باقية ردت إلى مالكها وإن كانت تالفة فعليه قيمتها موسراً كان أو معسراً**) .

لا يختلف أهل العلم في وجوب رد العين المسروقة على مالكها إذا كانت باقية ، وأما إن كانت تالفة فعلى السارق رد قيمتها أو مثلها إن كانت مثلية قطع أو لم يقطع موسراً كان أو معسراً ، وهذا قول الحسن والشافعي ؛ لأنها عين يجب ضمانها بالرد لو كانت باقية فيجب ضمانها إذا كانت تالفة كما لو لم يقطع .

ولأن القطع والغرم حقان يجبان لمستحقين فجاز اجتماعهما كالجزاء والقيمة في الصيد الحرمي المملوك .

مسألة : (**وإذا أخرجَ النبَّاشُ من القبر كَفَناً قيمتُه ثلاثة دراهم ، قُطِع**) .

وبه قال الحسن ومالك والشافعي وابن المنذر .

---

(١) زيادة من المغني ١٠: ٢٧٨.

وقال أبو حنيفة : لا قطع عليه ؛ لأن القبر ليس بحرز ؛ لأن الحرز ما يوضع فيه المتاع للحفظ والكفن لا يوضع في القبر لذلك .

ولأنه ليس بحرز لغيره فلا يكون حرزاً له .

ولأن الكفن لا مالك له ؛ لأنه لا يخلوا إما أن يكون ملكاً للميت أو لوارثه وليس ملكاً لواحد منهما ؛ لأن الميت لا يملك شيئاً و لم يبق أهلاً للملك والوارث لا يملك إلا ما فضل عن حاجة الميت .

ولأنه لا يجب القطع إلا بمطالبة المالك أو نائبه و لم يوجد ذلك .

ولنا قول الله تعالى : ﴿والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما﴾ [المائدة :٣٨] وهذا سارق فإن عائشة قالت : «سارق أمواتنا كسارق أحيائنا» .

وما ذكروه لا يصح فإن الكفن يحتاج إلى تركه في القبر دون غيره ويكتفي به في حرزه ألا ترى أنه لا يترك الميت في غير القبر من غير أن يحفظ كفنه ويترك في القبر وينصرف عنه . وقولهم : لا مالك له ممنوع بل هو مملوك للميت ؛ لأنه كان مالكاً له في حياته ولا يزول ملكه إلا عما لا حاجة به إليه ووليه يقوم مقامه في المطالبة كقيام ولي الصبي في الطلب بماله .

إذا ثبت هذا فلا بد من إخراج الكفن من القبر ؛ لأنه الحرز فإن أخرجه من اللحد ووضعه في القبر فلا قطع فيه ؛ لأنه لم يخرجه من الحرز فأشبه ما لو نقل المتاع في البيت من جانب إلى جانب فإن النبي عليه السلام سمى القبر بيتاً .

فصل

والكفن الذي يقطع بسرقته ما كان مشروعاً فإن كفن الرجل في أكثر من ثلاثة لفائف أو المرأة في أكثر من خمس فسرق الزائد عن ذلك أو تركه في تابوت فسرق التابوت أو ترك معه طيب بمجموع أو ذهب أو فضة أو جواهر لم يقطع بأخذ شيء من ذلك ؛ لأنه ليس بكفن مشروع فتركه فيه سفه وتضييع فلا يكون محرزاً ولا يقطع سارقه .

وهل يفتقر في قطع النباش إلى المطالبة؟ يحتمل وجهين :

أحدهما : يفتقر إلى المطالبة كسائر المسروقات .

فعلى هذا المطالب الورثة ؛ لأنهم يقومـون مقـام الميـت في حقوقـه وهـذا مـن حقوقه .

والثاني : لا يفتقر إلى طلب ؛ لأن الطلب في السـرقة مـن الأحيـاء شـرع لئـلا يكون المسروق مملوكاً للسارق وقد أُمن من ذلك هاهنا .

مسألة : **(ولا يقطع في محرم ولا آلة لهو)** .

يعني لا يقطع في سرقة محرم كالخمر والخنزير والميتة ونحوها سـواء سرقه مـن مسلم أو ذمي وبهذا قال أبـو حنيفـة وأصحابه والشـافعي وحكـي عـن عطـاء أن سـارق خمـر الذمـي يقطـع وإن كـان مسـلماً ؛ لأنـه مـال لهـم أشبه مـا لـو سـرق دراهمهم .

ولنا أنها عين محرمة فلا يقطع بسرقتها كالخنزير .

ولأن ما لا يقطع بسرقته من المسلم لا يقطع بسـرقته مـن أهـل الذمـة كالميتـة والدم وما ذكروه ينتقض بالخنزير ولا اعتبار به فـإن الاعتبـار بحكـم الإسـلام وهـو يجري عليهم دون أحكامهم وهكذا الخلاف معه في الصليـب إذا بلغـت قيمتـه مـع تأليفه نصاباً وأما آلة اللهو كالطنبور والمزمار والشبابة فلا قطع فيه وإن بلغت قيمته مفصلاً نصاباً وبهذا قال أبو حنيفة ؛ لأنه آلة للمعصية بالإجماع فلم يقطـع بسـرقته كالخمر .

ولأن لـه حقـاً في أخذهـا لكسـرها فكـان ذلـك شـبهة مانعـة مـن القطـع كاستحقاقه مال ولده ، فإن كانت عليه حليـة تبلـغ نصابـاً فـلا قطـع فيـه أيضـاً في قياس قول أبي بكر ؛ لأنه متصل بما لا قطع فيه أشبه الخشب والأوتار .

وقال القاضي : فيه القطع وهو مذهب الشافعي ؛ لأنه سرق نصاباً مـن حـرز أشبه المنفرد .

مسألة : **(ولا يُقطع الوالد فيما أخذ من مال ولده ؛ لأنه أخذ مالـه أخْذُه ، ولا الوالدة فيما أخذت من مال ولدها ، ولا العبد فيما سرق من مال سيده)** .

أما الوالد فلا يقطع بالسرقة من مال ولده وإن سفل وسواء في ذلك الأب والأم[1] والابن والبنت والجد والجدة من قبل الأب والأم وهذا قول عامة أهل العلم منهم أبو حنيفة وأصحابه ومالك والشافعي .

وقال أبو ثور وابن المنذر : القطع على كل سارق لظاهر الكتاب إلا أن يجمعوا على شيء فيستثنى .

ولنا قول النبي ﷺ : «أنت ومالك لأبيك»[2] ، وقوله عليه السلام : «إن أطيب ما أكل الرجل من كسبه وإن ولده من كسبه»[3] .

وفي لفظ : «فكلوا من كسب أولادكم»[4] .

ولا يجوز قطع الإنسان بأخذ ما أمر النبي ﷺ بأخذه ولا أخذ ما جعله النبي ﷺ مالاً له مضافاً إليه .

ولأن الحدود تدرأ بالشبهات وأعظم الشبهات أخذ الرجل من مال جعله الشرع له وأمره بأخذه وأكله .

وأما العبد إذا سرق من مال سيده فلا قطع عليه في قولهم جميعاً ووافقهم أبو ثور فيه وحكي عن داود أنه يقطع لعموم الآية .

ولنا ما روى السائب بن يزيد قال : «شهدتُ عمر بن الخطاب وقد جاءه عبدا لله بن عمرو الحضرمي بغلامٍ له . فقال : إن غلامي هذا قد سرقَ فاقطع يده . فقال عمر : ما سرقَ ؟ قال : سرق مرآة امرأتي ثمنها ستون درهماً . فقال : أرسله . لا قطعَ عليه . خادمكمْ أخذَ متاعكم»[5] ، ولكنه لو سرقَ من غيره قُطع .

---

(١) زيادة من المغني ١٠: ٢٨٤.

(٢) سبق تخريجه ص: ٢٤٧.

(٣) أخرجه أبو داود في سننه (٣٥٢٨) ٣ : ٢٨٨ كتاب البيوع، باب في الرجل يأكل من مال ولده.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٣٥٨) ٣: ٦٣٩ كتاب الأحكام ، باب ما جاء أن الوالد يأخذ من مال ولده.

(٤) أخرجه أبو داود في سننه (٣٥٣٠) ٣: ٢٨٩ كتاب البيوع، باب في الرجل يأكل من مال ولده.
وأخرجه النسائي في سننه (٤٤٥٠) ٧: ٢٤١ كتاب البيوع ، باب الحث على الكسب.

(٥) أخرجه الدارقطني في سننه (٣١١) ٣: ١٨٨ كتاب الحدود والديات.
وأخرجه مالك في الموطإ (٣٣) ٢: ٦٤٠ كتاب الحدود ، باب ما لا قطع فيه.
وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٢٨٥٥٩) ٥: ٥١٤ كتاب الحدود، في العبد يسرق من مولاه ما عليه ؟
وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٨: ٢٨١ كتاب السرقة، باب العبد يسرق من مال امرأة سيده.

وفي لفظ قال: «مالُكم سرق بعضه بعضاً. لا قطع عليه» رواه سعيد.

وعن ابن مسعود «أن رجلاً جاءه فقال: عبدٌ لي سرق قَباءً لعبدٍ لي آخر. فقال: لا قطع. مالُك سرقَ مالَك»[1].

وهذه قضايا اشتهرت و لم يخالفها أحد فيكون إجماعاً وهذا يخص عموم الآية.

ولأن هذا إجماع من أهل العلم؛ لأنه قول من سمينا من الأئمة و لم يخالفهم في عصرهم أحد فلا يجوز خلافه بقول من بعدهم كما لا يجوز ترك إجماع الصحابة بقول واحد من التابعين.

مسألة: **(ولا يقطع إلا بشهادة عدلين أو اعتراف مرتين)**.

أما القطع فلا يجب إلا بأحد أمرين بينة أو إقرار لا غير، فأما البينة فيشترط فيها أن يكونا رجلين مسلمين حرين عدلين سواء كان السارق مسلماً أو ذمياً وقد ذكرنا ذلك في الشهادة في الزنا بما أغنى عن إعادته هاهنا. ويشترط أن يصفا السرقة والحرز وجنس النصاب وقدره ليزول الاختلاف فيه فيقولان: نشهد أن هذا سرق كذا قيمته كذا من حرز ويصفا الحرز، فإن كان المسروق منه غائباً فحضر وكيله وطالب بالسرقة احتاج الشاهدان أن يرفعا في نسبه فيقولان من حرز فلان ابن فلان ابن فلان بحيث يتميز من غيره فإذا اجتمعت هذه الشروط وجب القطع في قول عامة أهل العلم.

قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن قطع السارق يجب إذا شهد بالسرقة شاهدان حران مسلمان ووصفا ما يوجب القطع، وإذا وجب القطع بشهادتهما لم يسقط بغيبتهما ولا موتهما على ما مضى في الشهادة بالزنا وإذا شهدا بسرقة مال غائب. فإن كان له وكيل حاضر فطالب به قطع السارق وإلا فلا.

مسألة: **(ولا يَنزِعُ عن إقراره حتى يُقطع)**.

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٢٨٥٦٠) ٥: ٥١٤ كتاب الحدود، في العبد يسرق من مولاه ما عليه؟ وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٨: ٢٨١ كتاب السرقة، باب العبد يسرق من متاع سيده.

هذا قول أكثر الفقهاء. وقال ابن أبي ليلى وداود: لا يقبل رجوعه؛ لأنه لو أقر لآدمي بقصاص أو حق لم يقبل رجوعه عنه.

ولنا قول النبي ﷺ للسارق: «ما إخَالُكَ سرقت»[1] عرّض له ليرجع.

ولأنه حد لله تعالى ثبت بالاعتراف فيقبل رجوعه عنه كحد الزنا.

ولأن الحدود تدرأ بالشبهات ورجوعه عنه شبهة لاحتمال أن يكون كذب على نفسه في اعترافه.

ولأنه أحد حجتي القطع فيبطل بالرجوع عنه كالشهادة.

ولأن حجة القطع زالت قبل استيفائه فسقط كما لو رجع الشهود، وفارق حق الآدمي فإنه مبني على الشح والضيق ولو رجع الشهود عن الشهادة بعد الحكم لم تبطل برجوعهم و لم يمنع استيفاؤها.

إذا ثبت هذا فإنه إذا رجع قبل القطع سقط القطع و لم يسقط غرم المسروق؛ لأنه حق آدمي، ولو أقر مرة واحدة لزمه غرامة المسروق دون القطع، وإن كان رجوعه وقد قطع بعض المفصل لم يتم إن كان يرجى برؤه لكونه قطع قليلاً وإن قطع الأكثر فالمقطوع بالخيار إن شاء تركه وإن شاء قطعه ليستريح من تعليق كفه، ولا يلزم القاطع قطعه؛ لأن قطعه تداو وليس بحد.

مسألة: **(وإذا اشترك الجماعة في سرقة قيمتها ثلاثة دراهم قطعوا)**.

وبهذا قال مالك وأبو ثور. وقال أبو حنيفة والشافعي: لا قطع عليهم إلا أن تبلغ حصة كل واحد منهم نصاباً؛ لأن كل واحد لم يسرق نصاباً فلم يجب عليه قطع كما لو انفرد بدون النصاب وهذا القول أحب إلي؛ لأن القطع هاهنا لا نص فيه ولا هو في معنى المنصوص والمجمع عليه فلا يجب والاحتياط بإسقاطه أولى من الاحتياط بإيجابه؛ لأنه مما يدرأ بالشبهات.

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٤٣٨٠) ٤: ١٣٤ كتاب الحدود، باب في التلقين في الحد.
وأخرجه النسائي في سننه (٤٨٧٧) ٨: ٦٧ كتاب قطع السارق، تلقين السارق.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٥٩٧) ٢: ٨٦٦ كتاب الحدود، باب تلقين السارق.

واحتج أصحابنا بأن النصاب أحد شرطي القطع فإذا اشترك الجماعة فيه كانوا كالواحد قياساً على هتك الحرز .

ولأن سرقة النصاب فعل يوجب القطع فاستوى فيه الواحد والجماعة كالقصاص و لم يفرق أصحابنا بين كون المسروق ثقيلاً يشترك الجماعة في حمله وبين أن يخرج كل واحد منه جزءاً نص أحمد على هذا . وقال مالك : إن انفرد كل واحد بجزء منه لم يقطع واحد منهم كما لو انفرد كل واحد من قاطعي اليد بقطع جزء منها لم يجب القصاص .

ولنا أنهم اشتركوا في هتك الحرز وإخراج النصاب فلزمهم القطع كما لو كان ثقيلاً فحملوه ، وفارق القصاص فإنه تعتمد المماثلة ولا توجد المماثلة إلا أن توجد أفعالهم في جميع أجزاء اليد وفي مسألتنا القصد الزجر من غير اعتبار مماثلة والحاجة إلى الزجر عن إخراج المال وسواء دخلا[1] الحرز معاً أو دخل أحدهما فأخرج بعض النصاب ثم دخل الآخر فأخرج باقيه ؛ لأنهما اشتركا في هتك الحرز وإخراج النصاب فلزمهما القطع كما لو حملاه معاً .

مسألة : قال : **(ولا يقطع وإن اعترف أو قامت بينة حتى يأتي مالك المسروق يدعيه)** .

---

(١) سقطت من هنا لوحة من مصورة الأصل . وقد استدركنا بقية الشرح مع المتن من المغني ١٠:٢٩٦ . وينتهي السقط عند قوله : وكذلك إن خرج الواحد والاثنان من كتاب قطاع الطريق التالي.

كتاب قطاع الطريق

مسألة : قال : (**والمحاربون الذين يعرضون للقوم السلاح في الصحراء فيغصبونهم المال مجاهرة**) .

وجملته: أن المحاربين الذين تثبت لهم أحكام المحاربة التي نذكرها بعد تعتبر لهم شروط ثلاثة:

أحدها: أن يكون ذلك في الصحراء ، فإن كان ذلك منهم في القرى والأمصار فقد توقف أحمد رحمه الله فيهم .

وظاهر كلام الخرقي: أنهم غير محاربين ، وبه قال أبو حنيفة والثوري وإسحاق ؛ لأن الواجب يسمى حد قطاع الطريق وقطع الطريق إنما هو في الصحراء .

ولأن من في المصر يلحق به الغوث غالباً فتذهب شوكة المعتدين ويكونون مختلسين والمختلس ليس بقاطع ولا حد عليه .

وقال كثير من أصحابنا: هو قاطع حيث كان ، وبه قال الأوزاعي والليث والشافعي وأبو يوسف وأبو ثور ؛ لتناول الآية بعمومها كل محارب .

ولأن ذلك إذا وجد في المصر كان أعظم خوفاً وأكثر ضرراً فكان بذلك أولى .

وذكر القاضي أن هذا إن كان في المصر مثل: إن كبسوا داراً فكان أهل الدار بحيث لو صاحوا أدركهم الغوث فليس هؤلاء بقطاع طريق ؛ لأنهم في موضع يلحقهم الغوث عادة ، وإن حصروا قرية أو بلداً ففتحوه وغلبوا على أهله أو محلة منفردة بحيث لا يدركهم الغوث عادة فهم محاربون ؛ لأنهم لا يلحقهم الغوث فأشبه قطاع الطريق في الصحراء .

الشرط الثاني: أن يكون معهم سلاح فإن لم يكن معهم سلاح فهم غير محاربين ؛ لأنهم لا يمنعون من يقصدهم ولا نعلم في هذا خلافاً ، فإن عرضوا بالعصي والحجارة فهم محاربون ، وبه قال الشافعي وأبو ثور .

وقال أبو حنيفة: ليسوا محاربين ؛ لأنه لا سلاح معهم .

ولنا أن ذلك من جملة السلاح الذي يأتي على النفس والطرف فأشبه الحديد .

الشرط الثالث: أن يأتوا مجاهرة ويأخذوا المال قهراً ، فأما إن أخذوه مختفين فهم سراق ، وإن اختطفوه وهربوا فهم منتهبون لا قطع عليهم .

وكذلك إن خرج الواحد والاثنان على آخر قافلة فاستلبوا منها شيئاً فليسوا بمحاربين ؛ لأنهم لا يرجعون إلى منعة وقوة ، وإن خرجوا على عدد يسير فقهروهم فهم قطاع طريق .

مسألة : **(فمن قَتَل منهم وأخذ المال قُتل وإن عفي صاحب المال وصُلب حتى يُشتهر ودُفع إلى أهله ، ومن قَتَل ولم يأخذ المال قُتل ولم يُصلب ، وإن أخذ المال ولم يقتُل قُطعت يده اليمنى ورجله اليسرى في مقامٍ واحدٍ ثم حُسِمَتَا وخُلّي)** .

وبهذا قال الشافعي . وعن أحمد : أنه إذا قتل وأخذ المال قتل وقطع ؛ لأن كل واحدة[1] من الجنايتين توجب حداً منفرداً فإذا اجتمعا وجب حدهما معاً كما لو زنى وسرق .

ووجه قول الخرقي : ما روي عن ابن عباس قال : «وادَعَ رسول الله ﷺ أبا بردة الأسلمي فجاء ناسٌ يريدون الإسلام . فقَطَع عليهم أصحابه . فنزل جبريل عليه السلام بالحد فيهم : أن من قتلَ وأخذَ المالَ قُتلَ وصُلب ، ومن قَتل و لم يأخذ المال قُتل ، ومن أخذَ المال و لم يَقتل قُطعت يدهُ ورجلهُ من خلاف ، ومن خاف السبيل و لم يأخذ المال نفي من الأرض»[2] رواه أبو داود والشافعي في مسنده .

---

(١) في الأصل: واحد. وما أثبتناه من المغني ١٠: ٣٠٥.

(٢) أخرجه الشافعي في مسنده (٢٨٢) ٢: ٨٦ كتاب الحدود، باب ما جاء في قطاع الطريق.

إذا ثبت هذا فإن قاطع الطريق لا يخلو من أحوال خمس :

الأول : إذا قتل وأخذ المال فإنه يقتل ويصلب في ظاهر المذهب وقتله متحتم لا يدخله عفو أجمع على هذا أهل العلم حكاه ابن المنذر ، روي هذا عن عمر وبه قال الزهري وأبو حنيفة وأصحابه ومالك والشافعي .

ولأنه حد من حدود الله فلم يسقط بالعفو كسائر الحدود ، وهل يعتبر التكافؤ بين القاتل والمقتول؟ فيه روايتان :

إحداهما : لا يعتبر بل يؤخذ الحر بالعبد والمسلم بالذمي والأب بالابن ؛ لأن هذا القتل حد لله فلا تعتبر فيه[1] المكافأة كالزنا والسرقة .

والثاني : تعتبر المكافأة ؛ لقول النبي ﷺ : « لا يُقتل مسلم بكافر »[2] والحد فيه انحتامه بدليل أنه لو تاب قبل القدرة عليه سقط الانحتام ولم يسقط القصاص .

فعلى هذه الرواية إذا قتل المسلم ذمياً أو الحر عبداً أو أخذ ماله قطعت يده ورجله من خلاف لأخذه المال وغرم دية الذمي وقيمة العبد وإن قتله ولم يأخذ مالاً غرم ديته ونفي ، وذكر القاضي أنه إنما يتحتم قتله إذا قتله ليأخذ المال ، وإن قتله لغير ذلك مثل أن يقصد قتله لعداوة بينهما فالواجب قصاص غير متحتم وإذا قتل صلب لقول الله تعالى : ﴿أو يصلبوا﴾ [المائدة :٣٣] وفيه ثلاثة أمور :

أحدها : في وقته ووقته بعد القتل وبه قال الشافعي ؛ لأن الله قدم القتل على الصلب لفظاً والترتيب بينهما ثابت بغير خلاف فيجب تقديم الأول في اللفظ كقوله تعالى : ﴿إن الصفا والمروة من شعائر الله﴾ [البقرة :١٥٨] .

ولأن القتل إذا أطلق في لسان الشرع كان قتلاً بالسيف ولهذا قال عليه السلام : « إن الله كتب الإحسان على كل شيء : فإذا قتلتم فأحسنوا القتل »[3] وأحسن القتل القتل بالسيف .

---

(١) زيادة من المغني ١٠: ٣٠٧.

(٢) سبق تخريجه ص: ٢٤٥.

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه (١٩٥٥) ٣ : ١٥٤٨ كتاب الصيد والذبائح وما يؤكل من الحيوان ، باب الأمر بإحسان الذبح والقتل ، وتحديد الشفرة.

الثاني : في قدره ولا توقيت فيه إلا قدر ما يشتهر أمره . وقال أبو بكر : لم يوقت أحمد في الصلب فأقول يصلب قدر ما يقع عليه الاسم والصحيح توقيته بما ذكر الخرقي من الشهرة ؛ لأن المقصود يحصل به[1] .

الثالث : في وجوبه وهو واجب حتم في حق من قتل وأخذ المال لا يسقط بعفو ولا غيره ؛ لحديث ابن عباس «أن جبريل نزل بأن من قتل وأخذ المال صُلب»[2] .

ولأنه شرع حداً فلم يتخير بين فعله وتركه كالقتل وسائر الحدود .

إذا ثبت هذا فإنه إذا اشتهر أنزل ودفع إلى أهله فيغسل ويكفن ويصلي عليه ويدفن .

الحال الثاني : قتلوا و لم يأخذوا المال فإنهم يقتلون ولا يصلبون . وعن أحمد رواية أخرى أنهم يصلبون ؛ لأنهم محاربون يجب قتلهم فصلبوا كالذين أخذوا المال .

والأولة أصح ؛ لأن الخبر المروي فيهم قال فيه : «ومن قتل و لم يأخذ المال قتل»[3] و لم يذكر صلباً .

ولأن جنايتهم بأخذ المال مع القتل تزيد على الجناية بالقتل وحده فيجب أن تكون عقوبتهم أغلظ ، ولو شرع الصلب هاهنا لاستويا والحكم في تحتم القتل وكونه حداً هاهنا كالحكم فيه إذا قتل وأخذ المال .

الحال الثالث : أخذ المال و لم يقتل فإنه تقطع يده اليمنى ورجله اليسرى وهذا معنى قوله تعالى : ﴿من خلاف﴾ [المائدة :٣٣] وإنما قطعنا يده اليمنى للمعنى الذي قطعنا به يمين السارق ثم قطعنا رجله اليسرى لتتحقق المخالفة وليكون أرفق به في إمكان مشيه ، ولا ينتظر اندمال اليد في قطع الرجل بل يقطعان معاً يبدأ بيمينه فتقطع ثم تحسم ثم برجله ؛ لأن الله بدأ بذكر الأيدي ولا خلاف بين أهل العلم

---

(١) زيادة من المغني ١٠: ٣٠٨.
(٢) سبق تخريجه ص: ٤٥٥.
(٣) سبق تخريجه ص: ٤٥٥.

في أنه لا يقطع منه غير يد ورجل إذا كانت يداه ورجلاه صحيحتين، وأما إن كان معدوم اليد والرجل إما لكونه قد قطع في قطع طريق أو سرقة أو قصاص أو لمرض فمقتضى كلام الخرقي سقوط القطع عنه سواء كانت اليد اليمنى والرجل اليسرى أو بالعكس؛ لأن قطع زيادة على ذلك يذهب بمنفعة الجنس إما منفعة البطش أو المشي أو كليهما وهذا مذهب أبي حنيفة، وعلى الرواية التي تستوفي أعضاء السارق الأربعة يقطع ما بقي من أعضائه.

الحال الرابع: إذا خافوا السبيل و لم يقتلوا و لم يأخذوا مالاً.

الحال الخامس: إذا تابوا قبل القدرة عليهم ويأتي حكمهما إن شاء الله تعالى.

مسألة: **(ولا يقطع منهم إلا من أخذ ما يقطع السارق في مثله)**.

وبهذا قال أبو حنيفة وأصحابه والشافعي؛ لقوله عليه السلام: «لا قطعَ إلا في ربع دينار»[1] و لم يفصل.

ولأن هذه جناية تعلقت بها عقوبة في حق غير المحارب فلا تتغلظ في المحارب بأكثر من وجه واحد كالقتل يغلظ بالانحتام كذا هاهنا تتغلظ بقطع الرجل معها ولا تتغلظ بما دون النصاب، وإن أخذوا ما يبلغ نصاباً ولا تبلغ حصة كل واحد منهم نصاباً قطعوا على قياس قولنا [في السرقة][2] ويشترط أن لا تكون لهم شبهة فيما يأخذونه من المال على ما ذكرنا من المسروق.

مسألة: **(ونفيهم أن يشردوا فلا يتركون يأوون[3] في بلد)**.

أما المحاربين إذا خافوا السبيل و لم يقتلوا و لم يأخذوا مالاً فإنهم ينفون من الأرض؛ لقول الله: ﴿أو ينفوا من الأرض﴾ [المائدة:٣٣] ويروى عن ابن عباس أن النفي يكون في هذه الحالة وهو قول النخعي وقتادة، والنفي هو تشريدهم عن الأمصار والبلدان فلا يتركون يأوون بلداً ويروى نحو هذا عن الحسن والزهري،

(١) سبق تخريجه ص: ٤٣٧.
(٢) زيادة من المغني ١٠: ٣١٣.
(٣) في الأصل: فلا يأوون، وما أثبتناه من المغني ١٠: ٣١٣.

وحكى أبو الخطاب رواية أخرى عن أحمد معناها أن نفيهم طلب الإمام لهم فإذا ظفر بهم عزرهم بما يردعهم .

ووجه الأولى ظاهر الآية فإن النفي الطرد والإبعاد ولم يذكر أصحابنا قدر مدة نفيهم فيحتمل أن تتقدر مدته بما تظهر فيه توبتهم وتحسن سيرتهم ويحتمل أن ينفوا عاماً كنفي الزاني .

مسألة : **(فإن تابوا من قبل أن يقدر عليهم سقطت عنهم حدود الله تعالى وأخذوا بحقوق الآدميين من الأنفس والجراح والأموال إلا أن يعفى لهم عنها)** .

وبهذا قال أبو حنيفة وأصحابه ومالك والشافعي ولا نعلم في هذا خلافاً .

والأصل فيه قول الله تعالى : ﴿إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم فاعلموا أن الله غفور رحيم﴾ [المائدة :٣٤] .

فعلى هذا يسقط عنهم تحتم القتل والصلب والقطع والنفي ويبقى عليهم القصاص في النفس والجراح وغرامة المال والدية لما لا قصاص فيه . وأما إن تاب بعد القدرة عليه لم يسقط عنه شيء من الحدود ؛ لقول الله : ﴿إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم﴾ [المائدة :٣٤] فأوجب عليهم الحد ثم استثنى التائبين قبل القدرة فمن عداهم يبقى على قضية العموم .

ولأنه إذا تاب قبل القدرة فالظاهر أنها توبة إخلاص ، وبعدها الظاهر أنها تقية من إقامة الحد عليه .

ولأن في قبول توبته وإسقاط الحد عنه قبل القدرة ترغيباً في توبته والرجوع عن محاربته وإفساده فناسب ذلك الإسقاط عنه وأما بعدها فلا حاجة إلى ترغيبه ؛ لأنه قد عجز عن الإفساد والمحاربة . والله أعلم .

كتاب الأشربة

الخمر محرم بالكتاب والسنة والإجماع . أما الكتاب فقول الله تعالى : ﴿يا أيها الذين آمنوا إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجسٌ من عمل الشيطان فاجتنبوه -إلى قوله- : فهل أنتم منتهون﴾ [المائدة : ٩٠-٩١] .

وأما السنة ؛ فقول النبي ﷺ : « كل مُسكرٍ خمر ، وكل خمرٍ حرام »[1] . رواه الجماعة إلا البخاري وابن ماجة .

وثبت تحريم الخمر عن النبي عليه السلام بأخبار تبلغ بمجموعها رتبة التواتر ، وأجمعت الأمة على تحريمه .

مسألة : قال أبو القاسم رحمه الله : **(ومن شرب مُسكراً قلَّ أو كثُر ، جُلد ثمانين جلدة إذا شربها وهو مُختار لشُربها ، وهو يعلم أن كثيرها يُسكر)** .

هذه المسألة تشتمل على أحكام :

أحدها : أن كل مسكر حرام قليله وكثيره وهو خمر حكمه حكم عصير العنب في تحريمه ووجوب الحد على شاربه ، وروي تحريم ذلك عن عمر وعلي وابن مسعود وابن عمر وأبي هريرة وسعيد بن أبي وقاص وأبي بن كعب وأنس وعائشة وبه قال مالك والشافعي ؛ لما روى ابن عمر قال : قال رسول الله ﷺ : « كل مُسكرٍ خمر ، وكل خمرٍ حرام »[2] . رواه الجماعة إلا البخاري وابن ماجة .

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (٢٠٠٣) ٣: ١٥٨٨ كتاب الأشربة، باب بيان أن كل مسكر خمر، وأن كل خمر حرام.
وأخرجه أبو داود في سننه (٣٦٧٩) ٣: ٣٢٧ كتاب الأشربة، باب النهي عن المسكر.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٨٦١) ٤ : ٢٩٠ كتاب الأشربة ، باب ما جاء في شارب الخمر.
وأخرجه النسائي في سننه (٥٧٠١) ٨ : ٣٢٤ كتاب الأشربة ، ذكر الأخبار التي اعتل بها من اباح شراب السكر.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٣٣٩٠) ٢ : ١١٢٤ كتاب الأشربة ، باب كل مسكر حرام.
وأخرجه أحمد في مسنده (٤٨٣٠) ٢ : ٢٩.

(٢) سبق قريباً.

وعن جابر قال: قال رسول الله ﷺ: «ما أسكرَ كثيرُه فقليلُه حرام»[1]. رواه أحمد وابن ماجة والدارقطني وصححه.

وعن عائشة قالت: قال رسول الله ﷺ: «كل مسكر حرام، وما أسكر الفرَق منه فملْءُ الكفِّ منه حرام»[2] رواه أحمد وأبو داود والترمذي وقال: حديث حسن.

وعن ابن عمر أن عمر قال على منبر النبي ﷺ: «أما بعد أيها الناس فإنه قد نزل تحريم الخمر وهي من خمسة: من العنب والتمر والعسل والحنطة والشعير. والخمر ما خامر العقل»[3]. متفق عليه.

ولأنه عصير أشبه عصير العنب.

الحكم الثاني: أنه يجب الحد على من شرب قليلاً من المسكر أو كثيراً ولا نعلم خلافاً في ذلك في عصير العنب غير المطبوخ، واختلفوا في سائرها فذهب إمامنا أحمد إلى التسوية بين عصير العنب وكل مسكر؛ لما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «من شربَ الخمرَ فاجلدُوه»[4]. رواه أبو داود.

وقد ثبت أن كل مسكر خمر فيتناول الحديث قليله وكثيره.

ولأنه شراب فيه شدة مُطربة. فوجب الحد بقليله؛ كعصير العنب المشتد.

الحكم الثالث: في قدر الحد وفيه روايتان:

---

(١) أخرجه الترمذي في جامعه (١٨٦٥) ٤: ٢٩٢ كتاب الأشربة، باب ما جاء ما أسكر كثيره فقليله حرام.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٣٣٩٣) ٢: ١١٢٥ كتاب الأشربة، باب ما أسكر كثيره فقليله حرام.
وأخرجه أحمد في مسنده (١٤٢٩٣) طبعة إحياء التراث.
وأخرجه الدارقطني في سننه (٨٣) ٤: ٢٦٢ كتاب الأشربة.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٣٦٨٧) ٣: ٣٢٩ كتاب الأشربة، باب النهي عن المسكر.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٨٦٦) ٤: ٢٩٣ كتاب الأشربة، باب ما جاء ما أسكر كثيره فقليله حرام.
وأخرجه أحمد في مسنده (٢٤٤٧١) طبعة إحياء التراث.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه (٥٢٦٦) ٥: ٢١٢٢ كتاب الأشربة، باب ما جاء في أن الخمر ما خامر العقل من الشراب.
وأخرجه مسلم في صحيحه (٣٠٣٢) ٤: ٢٣٢٢ كتاب التفسير، باب في نزول تحريم الخمر.

(٤) أخرجه أبو داود في سننه (٤٤٨٥) ٤: ١٦٥ كتاب الحدود، باب إذا تتابع في شرب الخمر.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٤٤٤) ٤: ٤٨ كتاب الحدود، باب ما جاء من شرب الخمر فاجلدوه...
وأخرجه النسائي في سننه (٥٦٦١) ٨: ٣١٣ كتاب الأشربة، ذكر الروايات المغلظات في شرب الخمر.

إحداهما: أنه ثمانون وبه قال أبو حنيفة ومالك لإجماع الصحابة فإنه روي «أن عمر استشار الناس في حد الخمر. فقال عبدالرحمن: اجعله كأخف الحدود ثمانين. فضرب عمر ثمانين. وكتب به إلى خالد وأبي عبيدة بالشام»[1].

وروي أن عليًا قال في المشورة: «أنه إذا سكر هذى، وإذا هذى افترى، فحدوه حد المفتري»[2]. روى ذلك الدارقطني والجوزجاني وغيرهما.

والرواية الثانية: أن الحد أربعون وهو اختيار أبي بكر ومذهب الشافعي؛ «لأن علياً جلدَ الوليد بن عقبة أربعين، ثم قال: جلدَ النبي عليه السلام أربعين، وأبو بكر أربعين، وعمر ثمانين، وكلٌّ سنةٌ، وهذا أحبُ إليّ»[3]. رواه مسلم.

وعن أنس: «أن النبي ﷺ أُتي برجلٍ قد شربَ الخمر فجرد بجريدتين نحو أربعين، قال: فلما كان عمر استشار الناس فقال عبدالرحمن ابن عوف: أخف الحدود ثمانون. فأمر به عمر»[4] رواه أحمد ومسلم والترمذي وصححه.

وفعل النبي ﷺ حجة لا يجوز تركه بفعل غيره، ولا ينعقد الإجماع على ما خالفه فعل النبي عليه السلام وأبي بكر وعلي فتحمل الزيادة عن عمر على أنها تعزير يجوز فعلها إذا رآه الإمام.

الحكم الرابع: أن الحد إنما يلزم من شربها مختاراً لشربها فإن شربها مكرهاً فلا حد عليه ولا أثم سواء أكره بالوعيد والضرب أو ألجئ إلى شربها بأن يفتح فوه وتصب فيه فإن النبي ﷺ قال: «عُفي لأمتي عن الخطأ والنسيان وما استكرهُوا عليه»[5]، وكذلك المضطر إليها لدفع غصة بها إذا لم يجد مائعاً سواها فإن الله قال في آية التحريم: ﴿فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه﴾ [البقرة:١٧٣]

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٤٤٧٩) ٤ : ١٦٣ كتاب الحدود، باب الحد في الخمر.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٤٤٣) ٤ : ٤٨ كتاب الحدود، باب ما جاء في حد السكران. كلاهما عن أنس بن مالك، ولم يذكر فيهما القصة الأخيرة وكتب به...

(٢) أخرجه الدارقطني في سننه (٢٢٣) ٣ : ١٥٧ كتاب الحدود.

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه (١٧٠٧) ٣: ١٣٣١ كتاب الحدود، باب حد الخمر.

(٤) أخرجه مسلم في صحيحه (١٧٠٦) ٣: ١٣٣٠ للموضع السابق.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٤٤٣) ٤ : ٤٨ كتاب الحدود، باب ما جاء في حد السكران.
وأخرجه أحمد في مسنده (١٢٣٩٤) طبعة إحياء التراث.

(٥) سبق تخريجه ص: ٢٤٤.

وإن شربها لعطش نظرنا، فإن كانت ممزوجة بما يروي من العطش أبيحت لدفعه عند الضرورة كما تباح الميتة في المخمصة وكإباحتها لدفع الغصة. وقد جاء في حديث عبدالله بن حذافة «أنه أسره الروم فحبسه طاغيتهم في بيتٍ فيه ماء ممزوج بخمر، ولحم خنزير مشوي، ليأكله ويشرب الخمر، فتركه ثلاثة أيام فلم يفعل ثم أخرجوه حين خشوا موته فقال: والله لقد كان الله أحلّه لي فإني مضطر، ولكن لم أكن لأُشْمِتَكُم بدين الإسلام»[1].

وإن شربها صرفاً أو ممزوجة بشيء يسير لا يروي من العطش أو شربها للتداوي لم يبح له ذلك وعليه الحد. وقال أبو حنيفة: يباح شربها لهما وللشافعية وجهان كالمذهبين، ووجه ثالث يباح شربها للتداوي دون العطش؛ لأنها حال ضرورة فأبيحت فيها لدفع الغصة وسائر ما يضطر إليه.

ولنا ما روى الإمام أحمد بإسناده عن طارق بن سويد «أنه سأل النبي ﷺ فقال: إنما أصنعُها للدواءِ. فقال: إنه ليسَ بدواء ولكنه دَاء»[2].

وبإسناده عن مخارق «أن النبي ﷺ دخلَ على أم سلمة وقد نبذت نبيذاً في جرة فخرجَ والنبيذ يهدر. فقال: ما هذا؟ فقالت: فلانة اشتكتْ بطنها فنقعت لها. فدفعه برجله فكسرهُ وقال: إن الله لم يجعلْ فيما حرم عليكمْ شفاء»[3].

ولأنه محرم لعينه. فلم يبح للتداوي؛ كلحم الخنزير.

ولأن الضرورة لا تندفع به فلم يبح كالتداوي بها فيما لا يصلح له.

الحكم الخامس: أن الحد إنما يلزم من شربها عالماً أن كثيرها يسكر وأما غيره فلا حد عليه؛ لأنه غير عالم بتحريمها ولا قاصد إلى ارتكاب المعصية بها فأشبه من زفت إليه غير زوجته وهذا قول عامة أهل العلم، وأما من شربها غير عالم

---

(١) أورده ابن حجر في الإصابة ٤: ٥٩ وعزاه إلى البيهقي.

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه (١٩٨٤) ٣: ١٥٧٣ كتاب الأشربة، باب تحريم التداوي بالخمر. وأخرجه أحمد في مسنده (١٨٣٨٣) طبعة إحياء التراث.

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ١٠: ٥ كتاب الضحايا، باب النهي عن التداوي بالمسكر.

بتحريمها فلا حد عليه أيضاً ؛ لأن عمر وعثمان قالا : «لا حدَّ إلا على من علِمَه»[1] .

ولأنه غير عالم بالتحريم . أشبه من لم يعلم أنها خمر .

وإذا ادعى الجهل بتحريمها نظرنا فإن كان ناشئاً ببلد الإسلام بين المسلمين لم تقبل دعواه ؛ لأن هذا لا يكاد يخفى على مثله فلا تقبل دعواه فيه وإن كان حديث عهد بالإسلام أو ناشئة ببادية بعيدة عن البلدان قبل منه ؛ لأنه يحتمل ما قاله .

فصل

ولا يجب الحد حتى يثبت شربه بأحد شيئين إما بالإقرار أو بالبينة ويكفي في الإقرار مرة واحدة في قول عامة أهل العلم ؛ لأنه حد لا يتضمن إتلافاً فأشبه حد القذف ، وإذا رجع عن إقراره قبل رجوعه ؛ لأنه حد لله تعالى فقبل رجوعه عنه كسائر الحدود ولا يعتبر مع الإقرار وجود رائحة .

وحكي عن أبي حنيفة لا حد عليه إلا أن توجد رائحة ولا يصح ؛ لأنه أحد بينتي الشرب فلم تعتبر معه وجود الرائحة كالشهادة .

ولأنه قد يقر بعد زوال الرائحة عنه .

ولأنه إقرار بحد فاكتفي به كسائر الحدود .

مسألة : **(فإن مات في جلده فالحقُّ قتله)** .

يعني : ليس على أحد ضمانه وهذا قول أبي حنيفة وأصحابه ومالك وبه قال الشافعي إن لم يزد على الأربعين وإن زاد على الأربعين فمات فعليه الضمان ؛ لأن ذلك تعزير إنما يفعله الإمام برأيه وفي قدر الضمان قولان :

أحدهما : نصف الدية ؛ لأنه تلف من فعلين مضمون وغير مضمون فكان عليه نصف الضمان .

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٨: ٢٣٨-٢٣٩ كتاب الحدود، باب ما جاء في درء الحدود بالشبهات.
وأخرجه عبدالرزاق في مصنفه (١٣٦٤٣) ٧: ٤٠٣ كتاب الطلاق، باب لا حد إلا على من علمه.

والثاني : تقسط الدية على عدد الضربات كلها فيجب من الدية بقدر زيادته على الأربعين ، وروي عن علي أنه قال : «ما كنت لأقيم حداً على أحد فيموت فأجد في نفسي [منه شيئاً][1] إلا صاحب الخمرِ ولو مات وديته ؛ لأن النبي ﷺ لم يَسُنَّهُ لنا»[2] .

ولنا أنه حد وجب لله . فلم يجب ضمان من مات به كسائر الحدود وما زاد على الأربعين فهو من الحد وإن كان تعزيراً فالتعزير يجب فهو بمنزلة الحد . وأما حديث علي فقد صح عنه أنه قال : «جلد رسول الله ﷺ أربعين ، وأبو بكر أربعين»[3] وثبت الحد بالإجماع فلم تبق فيه شبهة .

ولا نعلم خلافاً بين أهل العلم في سائر الحدود أنه إذا أتي بها على الوجه المشروع من غير زيادة أنه لا يضمن من تلف بها وذلك لأنه فعلها بأمر الله وأمر رسوله فلا يؤاخذ به .

ولأنه نائب عن الله فكان التلف منسوباً إلى الله وإن زاد على الحد فتلف وجب الضمان بغير خلاف نعلمه ؛ لأنه تلف بعدوانه أشبه ما لو ضربه في غير الحد . قال أبو بكر : وفي قدر الضمان قولان :

أحدهما : كمال الدية ؛ لأنه قتل حصل من جهة الله وعدوان الضارب فكان الضمان على العادي كما لو ضرب مريضاً سوطاً فمات به .

ولأنه تلف بعدوان وغيره أشبه ما لو ألقى على سفينة موقرة حجراً فغرقها .

والثاني : عليه نصف الضمان ؛ لأنه تلف بفعل مضمون وغير مضمون فكان الواجب نصف الدية كما لو جرح نفسه وجرحه غيره فمات ، وبهذا قال أبو حنيفة ومالك والشافعي في أحد قوليه . وقال في الآخر : يجب من الدية بقسط ما تعدى به تقسط الدية على الأسواط كلها وسواء زاد خطأ أو عمداً ؛ لأن الضمان يجب في الخطأ والعمد .

---

(١) زيادة من الصحيح.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٦٣٩٦) ٦: ٢٤٨٨ كتاب الحدود، باب الضرب بالجريد والنعال.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٧٠٧) ٣: ١٣٣٢ كتاب الحدود، باب حد الخمر.

(٣) سبق تخريجه ص: ٤٦٢.

مسألة : (**ويُضربُ الرَّجُلُ في سائر الحدود قائماً بسوطٍ لا خَلَقٍ ولا جديدٍ ، ولا يُمدُّ ولا يُربط ، ويُتَّقى وجهُه**) .

قوله : في سائر الحدود يعني : جميع الحدود التي فيها الضرب . وفي هذه المسألة ثلاثة أحكام :

أحدها : أن الرجل يضرب قائماً وبه قال أبو حنيفة والشافعي وقال مالك : يضرب جالساً . رواه حنبل عن أحمد ؛ لأن الله لم يأمر بالقيام .

ولأنه مجلود في حد أشبه المرأة .

ووجه قول الخرقي : ما روي عن علي أنه قال : «لكل موضع من الجسد حظ -يعني في الحد- إلا الوجه والفرج»[1] .

وقال للجلاّد : «اضرب وأوجِع . واتَّقِ الوجه والرأس»[2] .

ولأن قيامه وسيلة إلى إعطاء كل عضو حظه من الضرب ، وقوله : إن الله لم يأمر بالقيام قلنا : ولا بالجلوس و لم يذكر الكيفية فعلمناها من دليل آخر . ولا يصح قياس الرجل على المرأة في هذا ؛ لأن المرأة يقصد سترها ويخشى هتكها .

إذا ثبت هذا فإن الضرب يفرق على جميع جسده ليأخذ كل عضو منه حصته ويكثر منه في مواضع اللحم كالإليتين والفخذين وتتقى المقاتل وهو الرأس والوجه والفرج من الرجل والمرأة جميعاً ، وقال مالك : يضرب الظهر وما قاربه ، وقال أبو يوسف : يضرب الرأس أيضاً ؛ لأن علياً لم يستثنه .

ولنا على مالك قول علي .

ولأن ما عدا الأعضاء الثلاثة ليس بمقتل فأشبهت الظهر ، وعلى أبي يوسف أن الرأس مقتل أشبه الوجه .

---

(١) أخرج نحوه البيهقي في السنن الكبرى ٨: ٣٢٧ كتاب الأشربة والحد فيها ، باب ما جاء في صفة السوط والضرب.

(٢) أخرج ابن أبي شيبة في مصنفه نحوه ولفظه: «... فقال: اضرب وأعط كل عضو حقه واتق الوجه والمذاكير» (٢٨٦٦٦) ٥: ٥٢٤ كتاب الحدود، ما جاء في الضرب في الحد.

ولأنه ربما ضربه في رأسه فذهب بسمعه وبصره وعقله أو قتله والمقصود أدبه لا قتله وقولهم : لم يستثنه علي ممنوع فقد ذكرنا عنه أنه قال : اتق الرأس والوجه ولو لم يذكره صريحاً فقد ذكره دلالة ؛ لأنه في معنى ما استثناه فيقاس عليه .

الحكم الثاني : أنه لا يمد ولا يربط ولا نعلم في هذا خلافاً .

قال ابن مسعود : «ليس في ديننا مدٌ ولا قيدٌ ولا تجريد»[1] .

وجلد أصحاب رسول الله ﷺ فلم ينقل عن أحد منهم مد ولا قيد ولا تجريد .

ولا تُنزع عنه ثيابه بل يكون عليه الثوب والثوبان . وإن كان عليه فرو أو جبة محشوة نزعت عنه ؛ لأنه لو ترك عليه ذلك لم يبال بالضرب .

الحكم الثالث : أن الضرب بالسوط ولا نعلم بين أهل العلم في هذا خلافاً في غير حد الخمر وأما حد الخمر فقال بعضهم : يقام بالأيدي والنعال وأطراف الثياب وذكر بعض أصحابنا أن للإمام فعل ذلك إذا رآه ؛ لما روى أبو هريرة «أن رسول الله ﷺ أتي برجل قد شرب ، فقال : اضربوه . قال : فمنّا الضارب بيده ، والضارب بنعله ، والضارب بثوبه»[2] رواه أبو داود .

ولنا أن النبي ﷺ قال : «إذا شربَ الخمرَ فاجلدُوه»[3] ، والجلد إنما يفهم من إطلاقه الضرب بالسوط .

ولأنه أمر بجلده كما أمر الله بجلد الزاني فكان بالسوط مثله والخلفاء الراشدون ضربوا بالسياط وكذلك غيرهم فكان إجماعاً . وأما حديث أبي هريرة فكان في بدء الأمر ثم جلد النبي عليه السلام واستقرت الأمور فقد صح « أن

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٨: ٣٢٦ كتاب الأشربة والحد فيها ، باب ما جاء في صفة السوط والضرب.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٤٤٧٧) ٤ : ١٦٢ كتاب الحدود ، باب الحد في الخمر.

(٣) أخرجه أبو داود في سننه (٤٤٨٥) ٤: ١٦٥ كتاب الحدود، باب إذا تتابع في شرب الخمر.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٤٤٤) ٤: ٤٨ كتاب الحدود، باب ما جاء من شرب الخمر فاجلدوه...
وأخرجه النسائي في سننه (٥٦٦١) ٨: ٣١٣ كتاب الأشربة، ذكر الروايات المغلظات في شرب الخمر.

النبي عليه السلام جلد أربعين ، وجلد أبو بكر أربعين ، وجلد عمر ثمانين ، وجلد علي الوليد بن عقبة أربعين »[1] .

إذا ثبت هذا[2] فإن السوط يكون وسطاً لا جديداً فيجرح ولا خلقاً فيقل ألمه ؛ لما روي « أن رجلاً اعترف عند رسول الله ﷺ بالزنا فدعا رسول الله ﷺ بسوط فأتي بسوط مكسور . فقال : فوق هذا . فأتي بسوط جديد لم تكسر ثمرته . فقال : بين هذين . فأتي بسوط قد لان وركِبَ به فأمر به فجلد »[3] . رواه مالك في الموطأ عن زيد بن أسلم مرسلاً . وروي عن أبي هريرة مسندًا .

وقد روي عن علي أنه قال : « ضربٌ بين ضربين ، وسوطٌ بين سوطين »[4] .

وهكذا الضرب يكون وسطًا لا شديد فيقتل ولا ضعيفاً فلا يردع .

ولا يرفع باعه كل الرفع ولا يحطه فلا يؤلم . قال أحمد : لا يبدي إبطه في شيء من الحدود يعني : لا يبالغ في رفع يده ؛ لأن المقصود أدبه لا قتله .

مسألة : (**وتُضرب المرأة جالسة وتُشدّ عليها ثيابها وتُمسك يداها لئلا تنكشف**) .

وبهذا قال أبو حنيفة ومالك والشافعي . وقال أبو يوسف : تجلد قائمة كما تلاعن .

ولنا ما روي عن علي أنه قال : « تضرب المرأة جالسة والرجل قائمًا »[5] .

ولأن المرأة عورة وجلوسها أستر لها ، ويفارق اللعان فإنه لا يؤدي إلى كشف العورة وتشد عليها ثيابها لئلا ينكشف شيء من عورتها عند الضرب .

مسألة : (**ويجلد العبد والأمة أربعين بدون سوط الحر**) .

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (١٧٠٧) ٣: ١٣٣١ كتاب الحدود، باب حد الخمر.

(٢) زيادة من المغني ١٠: ٣٣٨.

(٣) أخرجه مالك في الموطأ (١٢) ٢ : ٦٢٩ كتاب الحدود ، باب ما جاء فيمن اعترف على نفسه بالزنا.

(٤) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٨: ٣٢٦ كتاب الأشربة والحد فيها، باب ما جاء في صفة السوط والضرب. بمعناه.

(٥) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٨: ٣٢٧ الموضع السابق.

هذا على الرواية التي تقول : إن حد الحر في الشرب ثمانون فحد العبد والأمة نصفها أربعون ، وعلى الرواية الأخرى : حدهما عشرون نصف حد الحر بدون سوط الحر ؛ لأنه لما خفف عنه في عدده خفف عنه في صفته كالتعزير مع الحد ، ويحتمل أن يكون سوطه كسوط الحر ؛ لأنه إنما يتحقق التنصيف إذا كان السوط مثل السوط أما إذا كان نصفاً في عدده وأخف منه في سوطه كان أقل من النصف والله أوجب النصف بقوله : ﴿فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب﴾ [النساء : ٢٥] .

مسألة : (**والعصير إذا أتت عليه ثلاثة أيام فقد حرم ، إلا أن يَغلي قبل ذلك ، فيحرُم**) .

أما إذا غلي العصير كغليان القدر وقذف زبده فلا خلاف في تحريمه وإن أتت عليه ثلاثة أيام ولم يغل فقال أصحابنا : هو حرام وقال أحمد : أشربه ثلاثاً ما لم يغل فإذا أتت عليه أكثر من ثلاثة أيام فلا تشربه ، وأكثر أهل العلم يقولون : هو مباح ما لم يغل ويسكر ؛ لقول رسول الله ﷺ : «اشربوا في كل وعاء ولا تشربوا مسكراً»[(١)] رواه أبو داود .

ولأن علة تحريمه الشدة المطربة وإنما ذلك في المسكر خاصة .

ولنا ما روى أبو داود بإسناده عن ابن عباس «أن النبي ﷺ كان يُنبذُ له الزبيب فيشربه اليوم والغد وبعد الغد إلى مساء الثالثة . ثم يأمر به فيُسقَى الخدم أو يُهراق»[(٢)] .

وقال ابن عمر : «اشربه ما لم يأخذه شيطانُه . قيل : وفي كمْ يأخذه شيطانه ؟ قال : في ثلاث» .

ولأن الشدة تحصل في الثلاث غالبًا . وهي خفية تحتاج إلى ضابط ، فجاز جعل الثلاث ضابطاً لها[(٣)] ، ويحتمل أن يكون شربه فيما زاد على الثلاث إذا لم

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٣٦٩٨) ٣ : ٣٣٢ كتاب الأشربة ، باب في الأوعية.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٣٧١٣) ٣: ٣٣٥ كتاب الأشربة، باب في صفة النبيذ.

(٣) زيادة من المغني ١٠: ٣٤٠.

يغل مكروهاً غير محرم فإن أحمد لم يصرح بتحريمه، وقال في موضع: أكرهه وذلك لأن النبي عليه السلام لم يكن يشربه بعد ثلاث. وقال أبو الخطاب: عندي أن كلام أحمد محمول على عصير الغالب أنه يتخمر في ثلاثة أيام.

مسألة: (**وكذلك النبيذ**).

يعني: أن النبيذ مباح ما لم يغل أو تأتي عليه ثلاثة أيام والنبيذ ما يلقى فيه تمر أو زبيب أو نحوهما ليحلوا به الماء وتذهب ملوحته فلا بأس به ما لم يغل أو تأتي عليه ثلاثة أيام؛ لما روينا عن ابن عباس.

مسألة: (والخمرة إذا أُفسدت فصُيِّرت خلاً لم تزُل عن تحريمها، وإن قلب الله عينها فصارت خلاً فهي حلال).

روي هذا عن عمر بن الخطاب وبه قال الزهري ونحوه قول مالك.

وقال الشافعي: إن ألقي فيها شيء يفسدها كالملح فتخللت فهي على تحريمها، وإن نقلت من شمس إلى ظل أو من ظل إلى شمس فتخللت ففي إباحتها قولان. وقال أبو حنيفة: تطهر في الحالين؛ لأن علة تحريمها زالت بتخليلها فطهرت كما لو تخللت بنفسها يحققه أن التطهير لا فرق فيه بين ما حصل بفعل الله تعالى أو بفعل الآدمي كتطهير الثوب والبدن والأرض وحكى شيخنا أنه تجري ثلاثة أوجه على ما ذكر من الخلاف.

ووجه ما نقله الخرقي ما روى أبو سعيد قال: «كان عندنا خمر ليتيم فلما نزلت المائدة سألت رسول الله ﷺ فقلت: يا رسول الله إنه ليتيم قال: أهريقوه»[1] رواه أحمد والترمذي وقال: حديث حسن.

وعن أنس قال: «سئل رسول الله ﷺ أنتخذ الخمر خلاً؟ قال: لا»[2] رواه أحمد ومسلم وأبو داود والترمذي وصححه.

---

(١) أخرجه الترمذي في جامعه (١٢٦٣) ٣: ٥٦٣ كتاب البيوع، باب ما جاء في النهي للمسلم... وأخرجه أحمد في مسنده (١٠٨٢١) طبعة إحياء التراث.

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه (١٩٨٣) ٣: ١٥٧٣ كتاب الأشربة، باب تحريم تخليل الخمر.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٢٩٤) ٣: ٥٨٩ كتاب البيوع، باب النهي أن يتخذ الخمر خلاً.
وأخرجه أحمد في مسنده (١٣٣٢١) طبعة إحياء التراث.

وعن أنس «أن أبا طلحة سأل النبي عليه السلام عن أيتام ورثوا خمراً قال: أهرقها قال: أفلا نجعلها خلاً؟ قال: لا»[1] رواه أحمد وأبو داود.

* وهذا نهي يقتضي التحريم ولو كان إلى استصلاحها سبيل لم تجز إراقتها بل أرشدهم إليه سيما وهي لأيتام يحرم التفريط في أموالهم.

ولأنه إجماع الصحابة، وروي «أن عمر صعد المنبر فقال: لا يحل خلٌّ خمرٍ أُفسدت حتى يكون الله هو تولى إفسادها ولا بأس على مسلم أن يبتاع من أهل الكتاب خلاً ما لم يتعمد لإفسادها فعند ذلك يقع النهي»[2] رواه أبو عبيد في الأموال بنحو من هذا المعنى وهذا قول يشتهر؛ لأنه خطب به الناس على المنبر فلم ينكر. وأما إذا انقلبت بنفسها فإنها تطهر وتحل في قول أكثر أهل العلم فقد روي عن جماعة من الأوائل أنهم اصطبغوا بخل خمر منهم علي وأبو الدرداء وابن عمر وعائشة ورخص فيه الحسن وسعيد بن جبير وليس في شيء من أخبارهم أنهم اتخذوه خلاً ولا أنه انقلب بنفسه لكن قد بينه عمر بقوله: «لا يحل خل خمر أفسدت حتى يكون الله هو يتولى إفسادها».

ولأنها إذا انقلبت بنفسها فقد زالت علة تحريمها من غير علة خلفتها فطهرت كالماء إذا زال تغيره بمكثه. وإذا ألقي فيها شيء ينجس بها ثم انقلبت بقي ما ألقي فيها نجساً فنجسها وحرمها، وأما إن نقلها من موضع إلى آخر فتخللت من غير أن يلقي فيها شيء فإن لم يكن قصد تخليلها حلت بذلك؛ لأنها تخللت بفعل الله تعالى فيها، وإن قصد بذلك تخليلها احتمل أن تطهر؛ لأنه لا فرق بينهما إلا القصد فلا يقتضي تحريمها ويحتمل أن لا تطهر؛ لأنها خللت فلم تطهر كما لو ألقي فيها شيء.

مسألة: **(والشرب في آنية الذهب والفضة حرام)**.

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٣٦٧٥) ٣: ٣٢٦ كتاب الأشربة، باب ما جاء في الخمر تخلل.
وأخرجه أحمد في مسنده (١١٧٧٩) طبعة إحياء التراث.

(٢) أخرجه أبو عبيد في الأموال (٢٨٨) ١٠٥ كتاب فتوح الأرضين صلحاً، باب ما يجوز لأهل الذمة أن يحدثوا...

هذا قول أكثر أهل العلم، وحكي عن الشافعي قول أنه مكروه غير محرم؛ لأن النهي لما فيه من التشبيه بالأعاجم فلا يقتضي التحريم.

ولنا قول النبي ﷺ: «الذي يشرب في آنية الفضة إنما يجرجر في بطنه نار جهنم»[1]. وقال: «لا تشربوا في آنية الذهب والفضة ولا تأكلوا في صحافها فإنها لهم في الدنيا ولكم في الآخرة»[2] متفق عليهما.

ومقتضى نهيه التحريم وقد توعد عليه بنار جهنم فإن معنى قوله: «يجرجر في بطنه نار جهنم» أي هذا سبب لنار جهنم كقول الله تعالى: ﴿إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلماً إنما يأكلون في بطونهم ناراً﴾ [النساء: ١٠] فلم يبق في تحريمه إشكال.

وقد روي «أن حذيفة استسقى فأتاه دهقان بإناء من فضة فرماه به فلو أصابه لكسر منه شيء ثم قال: إنما رميته به لأنني نهيته عنه... وذكر هذا الخبر»[3] وهذا يدل على أنه فهم التحريم من نهي رسول الله ﷺ حتى استحل عقوبته لمخالفته إياه.

مسألة: (**وإن كان قدح عليه ضبة فشرب من غير موضع الضبة فلا بأس**).

أما الضبة من الفضة فتباح بثلاثة شروط:

أحدها: أن تكون يسيرة.

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٥٣١١) ٥: ٢١٣٣ كتاب الأشربة، باب آنية الفضة.
وأخرجه مسلم في صحيحه (٢٠٦٥) ٣: ١٦٣٤ كتاب اللباس والزينة، باب تحريم استعمال أواني الذهب والفضة...

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٥١١٠) ٥: ٢٠٦٩ كتاب الأطعمة، باب الأكل في إناء مفضض.
وأخرجه مسلم في صحيحه (٢٠٦٧) ٣: ١٦٣٨ للموضع السابق.

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه (٢٠٦٧) ٣: ١٦٣٧ كتاب اللباس والزينة، باب تحريم استعمال إناء الذهب والفضة...
وأخرجه أبو داود في سننه (٣٧٢٣) ٣: ٣٣٧ كتاب الأشربة، باب في الشرب في آنية الذهب والفضة.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٨٧٨) ٤: ٢٩٩ كتاب الأشربة، باب ما جاء في كراهية الشرب في آنية الذهب والفضة.

الثاني : أن تكون من الفضة فأما الذهب فلا يباح وقليله وكثيره حرام ، وروي عن أبي بكر أنه رخص في يسير الذهب .

الثالث : أن يكون للحاجة أعني أنه جعلها لمصلحة وانتفاع مثل أن تجعل على شق أو صدع وإن قام غيرها مقامها . وقال القاضي : ليس هذا بشرط ويجوز اليسير من غير حاجة إذا لم يباشرها بالاستعمال ، وإنما كره أحمد الحلقة ونحوها ؛ لأنها تباشر بالاستعمال ، وممن رخص في ضبة الفضة أبو حنيفة وأصحابه والشافعي ، وكان ابن عمر لا يشرب من قدح فيه حلقة فضة ولا ضبة منها ، وكره الشرب في الإناء المفضض علي بن الحسين . ولعل هؤلاء كرهوا ما قصد به الزينة أو كان كثيراً أو استعمل فيكون قولهم وقول الأولين واحداً ولا يكون في المسألة خلاف ، وأما اليسير كتشعيب القدح ونحوه فلا بأس به ؛ «لأن النبي عليه السلام كان له قدح فيه سلسلة من فضة شعب بها»[1] رواه البخاري .

ولأن ذلك يسير من الفضة أشبه الخاتم وكره أحمد أن يباشر موضع الضبة بالاستعمال فلا يشرب من موضع الضبة ؛ لأنه يصير كالشارب من إناء فضة وكره الحلقة من فضة ؛ لأن القدح يرفع فيها فيباشرها بالاستعمال وكذلك ما أشبهه .

مسألة : **(ولا يبلغ بالتعزير الحد)** .

التعزير : هو العقوبة المشروعة على جناية لا حد فيها كوطء الشريك الجارية المشتركة أو أمته المزوجة أو جارية ابنه أو وطئ امرأته في دبرها أو حيضها أو وطئ أجنبية دون الفرج أو سرقة ما دون النصاب أو من غير حرز أو النهبة أو الغصب أو الاختلاس أو الجناية على الإنسان بما لا يوجب حداً ولا قصاصاً ولا دية ، أو شتمه بما ليس بقذف ونحو ذلك يسمى تعزيراً ؛ لأنه منع من الجناية . والأصل في التعزير المنع ومنه : التعزير بمعنى النصرة ؛ لأنه منع لعدوه من أذاه . واختلف عن أحمد في قدره فعنه أنه لا يزاد على عشر جلدات نص أحمد على هذا في مواضع

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٩٤٢) ٣: ١١٣١ كتاب فرض الخمس ، باب ما ذكر من درع النبي ﷺ...

وبه قال إسحاق ؛ لما روى أبو بردة قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : «لا يجلد أحدٌ فوقَ عشرةِ أسواطٍ إلا في حدٍّ من حدودِ الله»[1] رواه الجماعة إلا النسائي .

والرواية الثانية : لا يبلغ به الحد وهو الذي ذكره الخرقي فيحتمل أنه أراد لا يبلغ به أدنى حد مشروع وهذا قول أبي حنيفة والشافعي .

فعلى هذا لا يبلغ به أربعين سوطاً ؛ لأنها حد العبد في الخمر والقذف وهذا قول أبي حنيفة ، وإن قلنا أن حد الخمر أربعون لم يبلغ به عشرين سوطاً في حق العبد وأربعون في حق الحر وهذا مذهب الشافعي فلا يزاد العبد على تسعة عشر سوطاً ولا الحر على تسعة وثلاثين . وقال أبو يوسف : أدنى الحدود ثمانون فلا يزاد في التعزير على تسعة وسبعين ، ويحتمل كلام أحمد والخرقي أنه لا يبلغ بكل جناية حداً مشروعاً في جنسها ويجوز أن يزيد على حد غير جنسها ، وروي عن أحمد ما يدل على هذا .

فعلى هذا ما كان سببه الوطء جاز أن يجلد مائة إلا سوطاً لينقص عن حد الزنا وما كان سببه غير الوطء لم يبلغ به أدنى الحدود ؛ لما روي عن النعمان بن بشير في الذي وطئ جارية امرأته بإذنها أنه يجلد مائة وهذا تعزير ؛ لأنه في حق المحصن وحده إنما هو الرجم ، وعن سعيد بن المسيب عن عمر «في أمة بين رجلين وطئها أحدهما : يجلد الحدُ إلا سوطاً واحداً»[2] رواه الأثرم ، واحتج به أحمد .

قال القاضي : هذا عندي من نص أحمد لا يقتضي اختلافاً في التعزير بل المذهب أنه لا يزاد على عشر جلدات اتباعاً للأثر إلا في وطء جارية امرأته لحديث

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٦٤٥٦-٦٤٥٨) ٦: ٢٥١٢ كتاب المحاربين، باب كم التعزيز والأدب.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٧٠٨) ٣: ١٣٣٢ كتاب الحدود، باب قدر أسواط التعزير.
وأخرجه أبو داود في سننه (٤٤٩١) ٤: ١٦٧ كتاب الحدود، باب في التعزير.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٤٦٣) ٤: ٦٣ كتاب الحدود، باب ما جاء في التعزير.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٦٠١) ٢: ٨٦٧ كتاب الحدود، باب التعزير.
وأخرجه أحمد في مسنده (١٥٤٠٥) طبعة إحياء التراث.

(٢) أخرج ابن أبي شيبة في مصنفه نحوه عن سعيد بن المسيب (٢٨٥١٢) ٥: ٥٠٩ كتاب الحدود، في الجارية تكون بين الرجلين فوقع عليها أحدهما.

النعمان ، وفي الجارية المشتركة لحديث عمر وما عداهما يبقى على العموم لحديث أبي بردة وهذا قول حسن .

إذا ثبت تقدير أكثره فليس أقله مقدراً ؛ لأنه لو تقدر لكان حداً .

ولأن النبي ﷺ قدر أكثره ولم يقدر أقله فيرجع فيه إلى اجتهاد الحاكم فيما يراه وما يقتضيه حال الشخص .

وقال مالك : يجوز أن يزاد التعزير على الحد إذا رأى الإمام وليس بصحيح ؛ لحديث أبي بردة عن النبي عليه السلام : « لا يزاد على عشر جلدات إلا في حدٍ من حدودِ الله »[1] وروى الشالنجي بإسناده عن النبي عليه السلام أنه قال : « من بلغ حداً في غير حد فهو من المعتدين »[2] .

ولأن العقوبة على قدر الإجرام والمعصية . والمعاصي المنصوص على حدودها أعظم من غيرها فلا يجوز أن يبلغ في أهون الأمرين عقوبة أعظمهما .

فصل

والتعزير يكون بالضرب والحبس والتوبيخ ، ولا يجوز قطع شيء منه ولا جرحه ولا أخذ ماله ؛ لأن الشرع لم يرد بشيء من ذلك عن أحد يقتدي به .

ولأن الواجب أدب والتأديب لا يكون بالإتلاف .

والتعزير فيما شرع فيه التعزير واجب إذا رآه الإمام ، وبه قال أبو حنيفة ومالك ؛ لأن ما كان من التعزير منصوصاً عليه كوطء جارية امرأته وجارية مشتركة فيجب امتثال الأمر فيه وما لم يكن منصوصاً عليه إذا رأى الإمام المصلحة فيه أو علم أنه لا ينزجر إلا به وجب ؛ لأنه زاجر مشروع لحق الله فوجب كالحد .

مسألة : (**وإذا حمل عليه جمل صائل فلم يقدر على الامتناع منه إلا بضربه فضربه فقتله فلا ضمان عليه**) .

---

(١) سبق تخريجه ص: ٤٧٤.

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٨: ٣٢٧ كتاب الأشربة، باب ما جاء في التعزير وأنه لا يبلغ به أربعين.

أما إذا صالت على الإنسان بهيمة فلم يمكنه دفعها إلا بقتلها جاز له قتلها إجماعاً وليس عليه ضمانها إذا كانت لغيره وبهذا قال مالك والشافعي . وقال أبو حنيفة وأصحابه : عليه ضمانها ؛ لأنه أتلف مال غيره لإحياء نفسه فكان عليه ضمانها كالمضطر إلى طعام غيره إذا أكله وكذلك قالوا في غير المكلف من الآدميين كالصبي والمجنون يجوز قتله ويضمنه ؛ لأنه لا يملك إباحة نفسه ولذلك لو ارتد لم يقتل .

ولنا أنه قتله بالدفع الجائز فلم يضمنه كالعبد .

ولأنه حيوان جاز إتلافه فلم يضمنه كالآدمي المكلف .

ولأنه قتله لدفع شره أشبه العبد وذلك ؛ لأنه إذا قتله لدفع شره كان الصائل هو القاتل لنفسه أشبه ما لو نصب حربة في طريقه فقذف نفسه عليها فمات بها ، وفارق المضطر فإن الطعام لم يلجئه إلى إتلافه و لم يصدر منه ما يزيل عصمته وهذا لو قتل المحرم صيداً لصياله لم يضمنه ولو قتله لاضطراره إليه ضمنه ، ولو قتل المكلف لصياله لم يضمنه ولو قتله ليأكله في المخمصة وجب القصاص وغير المكلف كالمكلف في هذا ، وقولهم لا يملك إباحة نفسه قلنا والمكلف لا يملك إباحة دمه ولو قال : أبحت دمي لم يبح على أنه إذا صال فقد أبيح دمه بفعله فيجب أن يسقط ضمانه كالمكلف .

مسألة : **(وإذا دخل رجل منزله بالسلاح فأمره بالخروج فلم يفعل فله أن يضربه بأسهل ما يخرجه به ، فإن علم أنه يخرج بضرب عصا لم يجز أن يضربه بحديدة ، فإن آل الضرب إلى نفسه فلا شيء عليه ، وإن قُتل صاحب الدار كان شهيداً)** .

أما إذا دخل الرجل منزل غيره بغير إذنه فلصاحب الدار أمره بالخروج من منزله سواء كان معه سلاح أو لم يكن ؛ لأنه متعد بدخول ملك غيره فكان لصاحب الدار مطالبته بترك التعدي كما لو غصب منه شيئاً ، فإن خرج بالأمر لم يكن له ضربه ؛ لأن المقصود إخراجه ، وقد روي عن ابن عمر «أنه رأى لصاً

فأَصْلَتَ عليه السيف قال : فلو تركناه لقتله»[1] ، وجاء رجل إلى الحسن فقال : لص دخل بيتي ومعه حديدة أقتله؟ قال : نعم بأي قتلة قدرت أن تقتله .

ولنا أنه أمكن إزالة العدوان بغير القتل فلم يجز القتل كما لو غصب منه شيئاً فأمكن أخذه بغير القتل ، وفعل ابن عمر يحمل على قصد الترهيب لا على أنه قصد إيقاع الفعل ، فإن لم يخرج بالأمر فله ضربه بأسهل ما يعلم أنه يندفع به ؛ لأن المقصود دفعه فإذا اندفع بقليل فلا حاجة إلى أكثر منه فإن علم أنه يخرج بالعصا لم يكن له ضربه بالحديد ؛ لأن الحديد آلة للقتل بخلاف العصا ، وإن ذهب مولياً لم يكن له قتله ولا اتباعه كأهل البغي ، وإن ضربه ضربة عطلته لم يكن له أن يثني عليه ؛ لأنه كفي شره ، وأما إن لم يمكنه دفعه إلا بالقتل أو خاف أن يبدره بالقتل إن لم يقتله فله ضربه بما يقتله أو يقطع طرفه وما أتلف منه فهو هدر ؛ لأنه تلف لدفع شره فلم يضمنه كالباغي .

ولأنه اضطر صاحب الدار إلى قتله فصار كالقاتل لنفسه ، وإن قتل صاحب الدار فهو شهيد ؛ لما روى عبدالله بن عمرو بن العاص عن النبي ﷺ أنه قال : «من أريد ماله بغير حق فقاتلَ فقُتل فهو شهيد»[2] رواه الخلال بإسناده .

ولأنه قُتل لدفع ظالم . فكان شهيداً ؛ كالعادل إذا قتله الباغي .

مسألة : (**وما أفسدت البهائم بالليل من الزرع فهو مضمون على أهلها وما أفسدت من ذلك نهاراً لم يضمنوه**) .

يعني : إذا لم تكن يد أحد عليها فإن كان صاحبها معها أو غيره فعلى من يده عليها ضمان ما أتلفته من نفس أو مال ونذكر ذلك في المسألة التي تلي هذه ، وإن لم يكن يد أحد عليها فعلى مالكها ضمان ما أفسدته من الزرع ليلاً دون النهار وهذا قول مالك والشافعي وأكثر فقهاء الحجاز . وقال الليث : يضمن مالكها ما أفسدته ليلاً أو نهاراً بأقل الأمرين من قيمتها أو قدر ما أتلفته كالعبد إذا جنى .

---

(١) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه (١٨٥٥٧) ١٠: ١١٢ كتاب العقول ، باب اللص.
وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٢٨٠٣٢) ٥: ٤٦٦ كتاب الديات ، في قتل اللص.

(٢) أخرجه أحمد في مسنده (٦٨٢٩) ٢: ١٩٤.
وأخرجه البيهقي في الكبرى ٨: ١٨٧ كتاب قتال أهل البغي، باب من أريد ماله أو أهله.

وقال أبو حنيفة : لا ضمان عليه بحال ؛ لقول النبي ﷺ : «العَجْمَاء جرحُها جُبَار»[1] يعني هدراً .

ولأنها أفسدت وليست يده عليها فلم يلزمها الضمان كما لو كان نهاراً أو كما لو أتلفت غير الزرع .

ولنا ما روى مالك عن الزهري عن حزام بن سعد بن محيّصة «أن ناقة للبراء دخلت حائط قوم فأفسدت ، فقضى رسول الله ﷺ أن على أهل الأموال حفظها بالنهار ، وما أفسدت بالليل فهو مضمون عليهم»[2] .

قال ابن عبد البر : إن كان هذا مرسلاً فهو مشهور حدث به الأئمة الثقات وتلقاه فقهاء الحجاز بالقبول .

ولأن العادة من أهل المواشي إرسالها في النهار للرعي وحفظها ليلاً وعادة أهل الحوائط حفظها نهاراً دون الليل فإذا ذهبت ليلاً كان التفريط من أهلها بتركهم حفظها في وقت عادة الحفظ ، وإن أتلفت نهاراً كان التفريط من أهل الزرع فكان عليهم ، وقد فرق النبي عليه السلام بينهما وقضى على كل إنسان بالحفظ في وقت عادته ، وأما غير الزرع فلا يضمن ؛ لأن البهيمة لا تتلف ذلك فلا يحتاج إلى حفظها بخلاف الزرع .

فصل

قال بعض أصحابنا : إنما يضمن مالكها ما أتلفته ليلاً إذا كان التفريط منه بإرسالها ليلاً أو أرسلها نهاراً و لم يضمها ليلاً أو ضمها بحيث يمكنها الخروج ، أما إذا ضمها فأخرجها غيره بغير إذنه أو فتح عليها باباً فالضمان على مخرجها أو فاتح بابها ؛ لأنه المتلف . قال القاضي : هذه المسألة عندي محمولة على موضع فيه مزارع ومراعي . أما القرى العامرة التي لا مرعى فيها إلا بين قراحين كساقية

---

(١) سيأتي تخريجه قريباً.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٣٥٦٩) ٣: ٢٩٨ كتاب البيوع ، باب المواشي تفسد زرع قوم.
وأخرجه مالك في الموطإ (٣٧) ٢: ٥٧٣ كتاب الأقضية ، باب القضاء في الضواري والحريسة.

وطريق وطرف زرع فليس لصاحبها إرسالها بغير حافظ عن الزرع فإن فعل فعليه الضمان لتفريطه وهذا قول بعض أصحاب الشافعي .

وإن أتلفت البهيمة غير الزرع لم يضمن مالكها ما أتلفته ليلاً كان أو نهاراً ما لم تكن يده عليها ، وحكي عن شريح أنه قضى في شاة وقعت في غزل حائك ليلاً بالضمان على صاحبها وقرأ : ﴿إذ نفشت فيه غنم القوم﴾ [الأنبياء :٧٨] والنفش لا يكون إلا بالليل ، وعن الثوري يضمن وإن كان نهاراً ؛ لأنه مفرط بإرسالها .

ولنا قول النبي ﷺ : «العجماء جرحها جبار»[١] متفق عليه ، أي : هدر .

وأما الآية فإن النفش هو الرعي بالليل فكان هذا في الحرث الذي تفسده البهائم طبعاً بالرعي وتدعوها نفسها إلى أكله بخلاف غيره فلا يصح قياس غيره عليه .

مسألة : (**وما جنت الدابة بيدها ضمن راكبها ما أصابت من نفس أو جرح أو مال ، وكذلك إن قادها أو ساقها**) .

وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي . وقال مالك : لا ضمان عليه ؛ لقول النبي ﷺ : «العجماء جرحها جبار»[٢] .

ولأنه جناية بهيمة فلم يضمنها كما لو لم تكن يده عليها .

ولنا قول النبي عليه السلام : «الرِّجْل جُبَار» رواه سعيد بإسناده ، وروي عن أبي هريرة عن النبي عليه السلام[٣] .

وتخصيص الرجل بكونه جباراً دليل على وجوب الضمان في جناية غيرها .

ولأنه يمكنه حفظها عن الجناية إذا كان راكبها أو يده عليها بخلاف من لا يد له عليها وحديثه محمول على من لا يد له عليها .

مسألة : (**وما جنت برجلها فلا ضمان عليه**) .

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٦٥١٤) ٦: ٢٥٣٣ كتاب الديات، باب المعدن جبار والبئر جبار.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٧١٠) ٣: ١٣٣٤ كتاب الحدود ، باب جرح العجماء والمعدن والبئر جبار .

(٢) سبق تخريجه قريباً.

(٣) أخرجه أبو داود في سننه (٤٥٩٢) ٤: ١٩٦ كتاب الديات ، باب في الدابة تنفح برجلها.

وبهذا قال أبو حنيفة ، وعن أحمد رواية أخرى أنه يضمنها وهو قول شريح والشافعي ؛ لأنه من جناية بهيمة يده عليها فيضمنها كجناية يدها .

ولنا قول النبي عليه السلام : «الرِّجْل جبار» .

ولأنه لا يمكنه حفظ رجلها عن الجناية فلم يضمنها كما لو لم تكن يده عليها ، وأما إن كانت جنايتها بفعله مثل إن كبحها بلجامها أو ضربها في وجهها ونحو ذلك ضمن جناية رجلها ؛ لأنه السبب في جنايتها فكان ضمانها عليه ، ولو كان السبب في جنايتها غيره مثل إن نخسها أو نفرها فالضمان على من فعل ذلك دون راكبها وسائقها وقائدها ؛ لأن ذلك هو السبب في جنايتها .

مسألة : **(وإذا اصطدم الفارسان فماتت الدابتان ضمن كل واحد منهما قيمة دابة الآخر)** .

ومعناه أن على كل واحد من المصطدمين ضمان ما تلف من الآخر من نفس أو دابة أو مال سواء كانت الدابتان فرسين أو بغلين أو حمارين أو جملين أو كان أحدهما فرساً والآخر غيره سواء كانا مقبلين أو مدبرين ، وبهذا قال أبو حنيفة وأصحابه وإسحاق . وقال مالك والشافعي : على كل واحد منهما نصف قيمة ما تلف من الآخر ؛ لأن التلف حصل بفعلهما فكان الضمان منقسماً عليهما كما لو جرح إنسان نفسه وجرحه غيره فمات منهما .

ولنا أن كل واحد منهما مات من صدمة صاحبه وإنما هو قربها إلى محل الجناية فلزم الآخر ضمانها كما لو كانت واقفة بخلاف الجراحة .

إذا ثبت هذا فإن قيمة الدابتين إن تساوتا تقاصتا وسقطا وإن كانت إحداهما أكثر من الأخرى فلصاحبها الزيادة وإن ماتت إحدى الدابتين فعلى الآخر قيمتها وإن نقصت فعليه نقصها .

مسألة : **(وإن كان أحدهما يسير والآخر واقفاً فعلى السائر قيمة دابة الواقف)** .

نص أحمد على هذا ؛ لأن السائر هو الصادم المتلف فكان الضمان عليه وإن مات هو ودابته فهو هدر ؛ لأنه أتلف نفسه ودابته ، وإن انحرف الواقف فصادفت

الصدمة انحرافه فهما كالسائرين ؛ لأن التلف حصل من فعلهما وإن كان الواقف متعدياً بوقوفه مثل أن يقف في طريق ضيق فالضمان عليه دون السائرين ؛ لأن التلف حصل بتعديه فكان الضمان عليه كما لو وضع حجراً في الطريق أو جلس في طريق ضيق فعثر به إنسان فمات .

مسألة : **(وإن تصادم نفسان يمشيان فماتا فعلى عاقلة كل واحد منهما دية الآخر وعلى كل واحد منهما عتق رقبة)** .

روي هذا عن علي والخلاف هاهنا في الضمان كالخلاف فيما إذا اصطدم الفارسان إلا أنه لا تقاص هاهنا في الضمان ؛ لأنه على غير من له الحق لكون الضمان على عاقلة كل واحد منهما وإن اتفق أن يكون الضمان على من له الحق مثل أن تكون العاقلة هي الوارثة أو يكون الضمان على المتصادمين تقاصا ، ولا يجب القصاص سواء كان اصطدامهما عمداً أو خطأ ؛ لأن الصدمة لا تقتل غالباً والقتل الحاصل بها مع العمد عمد الخطأ ، ولا فرق بين البصيرين والأعميين والبصير والأعمى ، فإن كانتا امرأتين حاملتين فهما كالرجلين فإن أسقطت كل واحدة منهما جنيناً فعلى كل واحدة نصف ضمان جنينها ونصف ضمان جنين صاحبتها ؛ لأنهما اشتركا في قتله وعلى كل واحدة منهما عتق ثلاث رقاب واحدة لقتل صاحبتها واثنتان لمشاركتها في الجنين ، وإن أسقطت إحداهما دون الأخرى اشتركا في ضمانه وعلى كل واحدة عتق رقبتين ، وإن أسقطتا معاً و لم تمت المرأتان ففي مال كل واحدة ضمان نصف الجنينين بغرة إذا سقطا ميتين وعتق رقبتين ، وإن اصطدم راكب وماش فهو كما لو كانا ماشيين وإن اصطدم راكبان فماتا فهو كما لو كانا ماشيين .

مسألة : **(وإذا وقعت السفينة المنحدرة على المصاعدة فغرقتا فعلى المنحدر قيمة سفينة المصاعد أو أرش ما نقصت إن أخرجت إلا أن يكون المنحدر غلبه الريح فلم يقدر على ضبطها)** .

أما السفينتان إذا اصطدمتا لم تخل من حالين :

أحدهما: أن تكونا متساويتين كاللتين في بحر أو ماء واقف أو كانت أحدهما منحدرة والأخرى مصاعدة فنبدأ بما إذا كانت إحداهما منحدرة والأخرى مصاعدة؛ لأنها مسألة الكتاب ولا تخلوا من حالين:

أحدهما: أن يكون القيم بها مفرطاً بأن يكون قادراً على ضبطها أو ردها عن الأخرى فلم يفعل أو أمكنه أن يعدلها إلى ناحية أخرى فلم يفعل أو لم يكمل آلتها من الرجال أو الحبال وغيرهما فعلى المنحدر ضمان المصاعدة؛ لأنها تنحط عليها من علو فيكون ذلك سبباً لغرقها فتنزل المنحدرة بمنزلة السائر والمصاعدة بمنزلة الواقف، وإن غرقتا جميعاً فلا شيء على المصعد وعلى المنحدر قيمة المصعدة أو أرش [ما نقصت][1] إن لم تتلف كلها إلا أن يكون التفريط من المصعد بأن يمكنه العدول بسفينته والمنحدر غير قادر ولا مفرط فيكون الضمان على المصعد؛ لأنه المفرط، وإن لم يكن من واحد منهما تفريط لكن هاجت ريح أو كان الماء شديد الجرية فلم يمكنه ضبطها فلا ضمان عليه؛ لأنه لا يدخل في وسعه ضبطها ولا يكلف الله نفساً إلا وسعها.

الحال الثاني: أن يكونا متساويين فإن كان القيمان مفرطين ضمن كل واحد منهما سفينة الآخر بما فيها من نفس ومال كما قلنا[2] في الفارسين يصطدمان، وإن لم يكونا مفرطين فلا ضمان عليهما وللشافعي في حال عدم التفريط قولان:

أحدهما: عليهما الضمان؛ لأنهما في أيديهما فلزمهما الضمان كما لو اصطدم الفارسان لغلبة الفرسين لهما.

ولنا أن الملاحين لا يسيران السفينتين بفعلهما ولا يمكنهما ضبطهما في الغالب ولا الاحتراز من ذلك أشبه ما لو نزلت صاعقة فأحرقت السفينة ويخالف الفرسين فإنه يمكن ضبطهما والاحتراز من طردهما، وإن كان أحدهما مفرطاً وحده فعليه الضمان وإن اختلفا في تفريط القيم فالقول قوله مع يمينه؛ لأن الأصل عدم التفريط وهو أمين فهو كالمودع. والله أعلم.

(١) زيادة من المغني ١٠: ٣٦٢.
(٢) مثل السابق.

كتاب الجهاد

مسألة : قال أبو القاسم رحمه الله : **(والجهاد فرض على الكفاية إذا قام به قوم سقط عن الباقين)** .

معنى فرض الكفاية : الذي إن لم يقم به من يكفي أثم الناس كلهم ، وإن قام به من يكفي سقط عن سائر الناس فالخطاب في ابتدائه يتناول الجميع كفرض الأعيان ثم يختلفان في أن فرض الكفاية يسقط بفعل بعض الناس له ، وفرض الأعيان لا يسقط عن أحد بفعل غيره . والجهاد من فروض الكفايات في قول عامة أهل العلم ؛ لقول الله تعالى : ﴿لا يستوي القاعدون من المؤمنين غيرُ أولي الضرر والمجاهدون في سبيل الله بأموالهم وأنفسِهم فضّل الله المجاهدين بأموالهم وأنفسهم على القاعدين درجةً وكلاً وعد الله الحسنى﴾ [النساء :٩٥] ، وهذا يدل على أن القاعدين غيرُ آثمين مع جهاد غيرهم .

وقال تعالى : ﴿وما كان المؤمنون لينفروا كافة فلولا نفر من كل فرقة منهم طائفة﴾ [التوبة :١٢٢] .

ولأن رسول الله ﷺ كان يبعث السرايا ويقيم هو وسائر أصحابه .

ومعنى الكفاية في الجهاد : أن ينهض للجهاد قوم يَكْفُون في قتالهم : إما أن يكونوا جنداً لهم دواوين من أجل ذلك ، أو يكونوا قد أعدوا أنفسهم له تبرعاً بحيث إذا قصدهم العدو حصلت المنعة بهم . ويكون في الثغور من يدفع العدو عنها . ويبعث في كل سنة جيش يغيرون على العدو في بلادهم .

فصل

ويتعين الجهاد في ثلاثة مواضع :

أحدها : إذا التقى الزحفان وتقابل الصفان حرم على من حضر الانصراف ويتعين عليه المقام ؛ لقول الله تعالى : ﴿يا أيها الذين آمنوا إذا لقيتم فئة فاثبتوا﴾

[الأنفال :٤٥] ، وقوله : ﴿واصبروا إن الله مع الصابرين﴾ [الأنفال :٤٦] ، وقوله : ﴿يا أيها الذين آمنوا إذا لقيتمُ الذين كفروا زحْفاً فلا تُولوهم الأدبار ۞ ومن يولّهم يومئذٍ دبُره إلا متحرّفاً لقتالٍ أو متحيزاً إلى فئةٍ فقد بَاء بغضبٍ من الله﴾ [الأنفال :١٥-١٦] .

الثاني : إذا نزل الكفار ببلد تعين على أهله قتالهم ودفعهم .

الثالث : إذا استنفر الإمام قوماً لزمهم النفير معه ؛ لقول الله : ﴿يا أيها الذين آمنوا ما لكم إذا قيل لكم انفروا في سبيل الله اثّاقلتم إلى الأرض...﴾ [التوبة :٣٨] الآية[1] والتي بعدها .

وقال عليه السلام : «وإذا استنفرتم فانفروا»[2] .

مسألة : قال أبو عبدالله رضي الله عنه : **(ولا أعلم شيئاً من العمل بعد الفرائض أفضل من الجهاد)** .

روى هذه المسألة عن أحمد جماعة من أصحابه . قال الفضل : سمعت أبا عبدالله وذكر له أمر الغزو فجعل يبكي ويقول : ما من أعمال البر أفضل منه .

وقال عنه غيره : ليس يعدل لقاء العدو شيء ومباشرة القتال بنفسه أفضل الأعمال . والذين يقاتلون العدو هم الذين يدفعون عن الإسلام وعن حريمهم فأيّ عمل أفضل منه ؟ الناس آمنون وهم خائفون قد بذلوا مُهَج أنفسهم .

وقد روى ابن مسعود قال : «سألت رسول الله ﷺ : أي الأعمال أفضل ؟ قال : الصلاة لمواقيتها ، قلت : ثم أيّ ؟ قال : ثم بر الوالدين . قلت : ثم أي ؟ قال : الجهاد في سبيل الله»[3] . قال الترمذي : هذا حديث حسن صحيح .

---

(١) زيادة من المغني ١٠: ٣٦٦.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (١٧٣٧) ٢: ٦٥١ أبواب الإحصار وجزاء الصيد، باب لا يحل القتال بمكة .
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٣٥٣) ٣: ١٤٨٧ كتاب الإمارة، باب المبايعة بعد فتح مكة على الإسلام والجهاد والخير...

(٣) أخرجه الترمذي في جامعه (١٨٩٨) ٤: ٣١٠ كتاب البر والصلة، باب منه .

وروى أبو هريرة قال: «سئل رسول الله ﷺ أي الأعمال أفضل أو خير؟ قال: إيمان بالله ورسوله قيل: ثم أي شيء؟ قال: الجهاد سَنَامُ العمل. قيل: ثم أي شيء؟ قال: حجٌ مبرور»(١) رواه الترمذي، وقال: حديث حسن صحيح.

وروى أبو سعيد الخدري قال: «قيل: يا رسول الله! أي الناس أفضل؟ فقال: مؤمن يجاهد في سبيل الله بنفسه وماله»(٢) متفق عليه.

ولأن الجهاد بذل المهجة والمال، ونفعه يعم المسلمين كلهم، صغيرهم وكبيرهم، قويهم وضعيفهم، ذكرهم وأنثاهم، وغيره لا يساويه في نفعه وخطره. فلا يساويه في فضله وأجره.

مسألة: (**وغزو البحر أفضل من غزو البر**).

أما الغزو في البحر فمشروع وفضله كثير.

قال أنس بن مالك: «نام رسول الله ﷺ ثم استيقظ وهو يضحك. قالت أم حرام: فقلت: ما يضحكك يا رسول الله! قال: ناس من أمتي عُرضوا عليَّ غزاة في سبيل الله. يركبون ثَبَج(٣) هذا البحر، ملوك على الأسرة أو مثل الملوك على الأسرة»(٤). متفق عليه.

قال ابن عبدالبر: أم حرام بنت ملحان أخت أم سُليم، خالة رسول الله ﷺ من الرضاعة أرضعته أخت لهما ثالثة.

ولم نر هذا عن أحد سواه. وأظنه إنما قال هذا؛ لأن النبي عليه السلام كان ينام في بيتها وينظر إلى شعرها، ولعل هذا كان قبل نزول الحجاب.

وروى ابن ماجة أن رسول الله ﷺ قال: «شهيد البحر مثل شهيدي البر، والمائد في البحر كالمتشحط في دمه في البر، وما بين الموجتين كقاطع الدنيا في

---

(١) أخرجه الترمذي في جامعه (١٦٥٨) ٤: ١٨٥ كتاب فضائل الجهاد، باب ما جاء أي الأعمال أفضل.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٦٣٤) ٣: ١٠٢٦ كتاب الجهاد والسير، باب أفضل الناس مؤمن يجاهد بنفسه ماله في سبيل الله.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٨٨٨) ٣: ١٥٠٣ كتاب الإمارة، باب فضل الجهاد والرباط.

(٣) زيادة من الصحيحين.

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه (٦٦٠٠) ٦: ٢٥٧٠ كتاب التعبير، باب الرؤيا بالنهار.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٩١٢) ٣: ١٥١٨ كتاب الإمارة، باب فضل الغزو في البحر.

طاعة الله . وإن الله وكّل ملك الموت بقبض الأرواح إلا شهيد البحر فإن الله يتولى قبض أرواحهم . ويُغفر لشهيد البر الذنوب كلها إلا الدين ، ويغفر لشهيد البحر الذنوب والدين»[1] .

ولأن البحر أعظم خطراً ومشقة . فإنه بيْن خطر العدو وخطر الغرق . ولا يتمكن من الفرار إلا مع أصحابه . فكان أفضل من غيره .

مسألة : **(ويغزا مع كل بر وفاجر)** .

يعني مع كل إمام ؛ لما روى أبو هريرة قال : قال رسول الله ﷺ : «الجهاد واجب عليكم مع كل أمير ، براً كان أو فاجراً»[2] رواه أبو داود .

ولأن ترك الجهاد مع الفاجر يفضي إلى قطع الجهاد وظهور الكفار على المسلمين واستئصالهم ، وظهور كلمة الكفار . وفيه فساد عظيم .

قال الله تعالى : ﴿ولولا دفعُ اللهِ الناسَ بعضهم ببعض لفسدت الأرض﴾ [البقرة : ٢٥١] .

مسألة : **(ويقاتل كل قوم من يليهم من العدو)** .

والأصل في هذا قول الله تعالى : ﴿يا أيها الذين آمنوا قاتلوا الذين يلونكم من الكفار﴾ [التوبة :١٢٣] .

ولأن الأقربَ أكثرُ ضرراً وفي قتاله دفع ضرره عن المقابل[3] له وعمن وراءه . والاشتغال بالبعيد عنه يمكنه من انتهاز الفرصة في المسلمين ؛ لاشتغالهم عنه .

قيل لأحمد : يحكون عن ابن المبارك أنه قيل له : تركت قتال العدو عندك وجئت إلى هاهنا ؟ قال : هؤلاء أهل كتاب . فقال أبو عبدالله : سبحان الله! ما أدري ما هذا القول ؟ يترك العدو عنده ويجيء إلى هاهنا فيكون هذا أو يستقيم هذا وقد قال الله : ﴿قاتلوا الذين يلونكم من الكفار﴾ [التوبة :١٢٣] لو أن أهل خراسان كلهم عملوا على هذا لم يجاهد الترك أحد .

---

(١) أخرجه ابن ماجة في سننه (٢٧٧٨) ٢: ٩٢٨ كتاب الجهاد، باب فضل غزو البحر.
(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٢٥٣٣) ٣: ١٨ كتاب الجهاد، باب في الغزو مع أئمة الجور.
(٣) في الأصل: المقاتل. وما أثبتناه من المغني ١٠: ٣٧٣.

وهذا والله أعلم إنما فعله ابن المبارك لكونه متبرعاً بالجهاد والكفاية حاصلة بغيره من أهل الديوان وأجناد المسلمين والمتبرع له ترك الجهاد بالكلية فكان له أن يجاهد حيث شاء ومع من شاء.

إذا ثبت هذا فإن كان له عذر في البداية بالأبعد لكونه أخوف أو لمصلحة في البداية به لغرته وإمكان الفرصة منه أو لكون الأقرب مهادناً أو يمنع من قتاله مانع فلا بأس بالبداية بالأبعد؛ لكونه موضع حاجة.

مسألة: (**وتمام الرباط أربعون يوماً**).

معنى الرباط: الإقامة بالثغر مقوياً للمسلمين على الكفار. والثغر: كل مكان يخيف أهلُه العدوَّ ويخيفهم. وأصل الرباط من رباط الخيل؛ لأن هؤلاء يربطون خيولهم وهؤلاء يربطون خيولهم، كل يعد لصاحبه. فسمي المقام بالثغر رباطاً، وإن لم يكن خيل، وفضله عظيم وأجره كبير.

قال أحمد: ليس يعدل الرباط والجهاد شيء. والرباط: دفع عن المسلمين وعن حريمهم وقوة لأهل الثغر ولأهل الغزو. والرباط عندي أصل الجهاد وفرعه، والجهاد أفضل منه للعناء والتعب والمشقة.

وقد روي في فضل الرباط أخبار: منها ما روى سلمان قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «رباط ليلة في سبيل الله خير من صيام شهر وقيامه. فإن مات جرى عليه عمله الذي كان يعمل، وأجري عليه رزقه، وأَمِنَ الفتّان»[1]. رواه أحمد ومسلم والنسائي.

وعن فضالة بن عبيد أن رسول الله ﷺ قال: «كل ميت يختم على عمله إلا المرابط في سبيل الله فإنه ينمى له عمله إلى يوم القيامة، ويؤمن من فتّان القبر»[2]. رواه أبو داود والترمذي وقال: حديث حسن صحيح.

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (١٩١٣) ٣: ١٥٢٠ كتاب الإمارة، باب فضل الرباط في سبيل الله عز وجل.
وأخرجه النسائي في سننه (٣١٦٨) ٦: ٣٩ كتاب الجهاد، فضل الرباط.
وأخرجه أحمد في مسنده (٢٣٢١٥) طبعة إحياء التراث.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٢٥٠٠) ٣: ٩ كتاب الجهاد، باب في فضل الرباط.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٦٢١) ٤: ١٦٥ كتاب فضائل الجهاد، باب ما جاء في فضل من مات مرابطاً.

وعن عثمان بن عفان أنه قال على المنبر: «إني كنت كتمتكم حديثاً سمعته من رسول الله ﷺ كراهية تفرقكم عني، ثم بدا لي أن أحدثكموه ليختار امرؤ منكم لنفسه. سمعت رسول الله ﷺ يقول: رباط يوم في سبيل الله خير من ألف يوم فيما سواه من المنازل»[1]. رواه أحمد والنسائي والترمذي.

إذا ثبت هذا فإن الرباط يقل ويكثر فكل مدة أقامها بنية الرباط فهو رباط قلّ أو كثر، ولهذا قال عليه السلام: «رباط يوم - ورباط ليلة».

قال أحمد: يوم رباط وليلة رباط وساعة رباط.

وقال عن أبي هريرة: «من رابط يوماً في سبيل الله كتب له أجر الصائم القائم ومن زاد زاده الله»[2].

وروى سعيد بن منصور بإسناده عن عطاء الخراساني عن أبي هريرة قال: «رباط يوم في سبيل الله أحب إليَّ من أن أوافق ليلة القدر في أحد المسجدين مسجد الحرام أو مسجد رسول الله ﷺ. ومن رابط أربعين يوماً فقد استكمل الرباط وتمام الرباط أربعون يوماً»[3]. روي ذلك عن أبي هريرة وابن عمر وقد ذكرنا خبر أبي هريرة.

مسألة: **(وإذا كان أبواه مسلمين لم يجاهد تطوعاً إلا بإذنهما)**.

روي نحو هذا عن عمر وعثمان وبه قال مالك والشافعي وسائر أهل العلم. وقد روى عبدالله بن عمرو بن العاص قال: «جاء رجل إلى رسول الله ﷺ فقال: يا رسول الله! أجاهد؟ فقال: ألك أبوان؟ قال: نعم. قال: ففيهما فجاهد»[4] رواه البخاري والنسائي والترمذي وصححه.

---

(١) أخرجه الترمذي في جامعه (١٦٦٧) ٤: ١٨٩ كتاب فضائل الجهاد، باب ما جاء في فضل المرابط.
وأخرجه النسائي في سننه (٣١٦٩) ٦: ٣٩ كتاب الجهاد، فضل الرباط. مختصر.
وأخرجه أحمد في مسنده (٤٧٢) طبعة إحياء التراث.

(٢) أخرج النسائي في سننه عن سلمان الخير عن رسول الله ﷺ قال: «من رابط يوماً وليلة في سبيل الله كان له كأجر صيام شهر وقيامه...» (٣١٦٧) ٦: ٣٩ كتاب الجهاد، فضل الرباط.

(٣) أخرجه سعيد بن منصور في سننه (٢٤١٠) ٢: ١٥٩ كتاب الجهاد، باب ما جاء في فضل الرباط، وما بين المعكوفين من السنن.

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه (٥٦٢٧) ٥: ٢٢٢٨ كتاب الأدب، باب لا يجاهد إلا بإذن الأبوين.
وأخرجه أبو داود في سننه (٢٥٢٩) ٣: ١٧ كتاب الجهاد، باب في الرجل يغزو وأبواه كارهان.

⇦

وفي رواية: «أتى رجل فقال: يا رسول الله إني جئت أريد الجهاد معك ولقد أتيت وإن والدي يبكيان قال: فارجع إليهما فأضحكهما كما أبكيتهما»[1] رواه أحمد وأبو داود وابن ماجة.

ولأن بر الوالدين فرض عين والجهاد فرض كفاية وفرض العين يقدم.

وأما إن كان أبواه غير مسلمين فلا إذن لهما وبه قال الشافعي.

وقال الثوري: لا يغزو إلا بإذنهما؛ لعموم الأخبار.

ولنا أن أصحاب رسول الله ﷺ كانوا يجاهدون وفيهم من له أبوان كافران من غير أن يستئذنهما، منهم أبو بكر.

وأبو حذيفة بن عتبة بن ربيعة كان مع رسول الله ﷺ يوم بدر وأبوه رئيس المشركين يومئذ قتل ببدر.

وأبو عبيدة قَتَل أباه في الجهاد. فأنزل الله: ﴿لا تجد قوماً... الآية﴾ [المجادلة: ٢٢]، وعموم الأخبار تخصص بما رويناه.

وأما إن كان أبواه رقيقين فعموم كلام الخرقي يقتضي وجوب استئذانهما؛ لعموم الأخبار.

ولأنهما أبوان مسلمان فأشبها الحرين. ويحتمل أن لا يعتبر إذنهما؛ لأنه لا ولاية لهما.

مسألة: (**وإذا خوطب بالجهاد فلا إذن لهما وكذلك كل الفرائض لا طاعة لهما [في تركها]**[2]).

⇨

وأخرجه الترمذي في جامعه (١٦٧١) ٤: ١٩١ كتاب الجهاد، باب: ما جاء فيمن خرج في الغزو وترك أبويه.

وأخرجه النسائي في سننه (٣١٠٣) ٦: ١٠ كتاب الجهاد، الرخصة في التخلف لمن له والدان.

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٢٥٢٨) ٣: ١٧ كتاب الجهاد، باب في الرجل يغزو وأبواه كارهان.

وأخرجه النسائي في سننه (٤١٦٣) ٧: ١٤٣ كتاب البيعة، البيعة على الهجرة.

وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٧٨٢) ٢: ٩٣٠ كتاب الجهاد، باب الرجل يغزو وله أبوان.

وأخرجه أحمد في مسنده (٦٤٥٤) طبعة إحياء التراث.

(٢) زيادة من المغني ١٠: ٣٨٣.

يعني: إذا وجب عليه الجهاد لم يعتبر إذن والديه؛ لأنه صار فرض عين وتركه معصية ولا طاعة لأحد في معصية الله وكذلك كل ما وجب مثل الحج والصلاة في الجماعة والجمع والسفر للعلم الواجب.

قال الأوزاعي: لا طاعة للوالد في ترك الفرائض والجمع والحج والقتال؛ لأنه عبادة تعينت عليه فلم يعتبر إذن الأبوين فيهما كالصلاة.

ولأن الله قال: ﴿و لله على الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلا﴾ [آل عمران: ٩٧] ولم يشترط إذن الوالدين.

مسألة: **(ويقاتل أهل الكتاب والمجوس ولا يدعون؛ لأن الدعوة قد بلغتهم ويدعى عبدة الأوثان قبل أن يحاربوا)**.

أما قوله في أهل الكتاب والمجوس لا يدعون قبل القتال فهو على عمومه؛ لأن الدعوة قد انتشرت وعمت فلم يبق منهم من لم تبلغه إلا نادر بعيد.

وأما قوله يدعى عبدة الأوثان قبل أن يحاربوا فليس بعام فإن من بلغته الدعوة منهم لا يدعون وإن وجد منهم من لم تبلغه الدعوة دعي قبل القتال، وكذلك إن وجد من أهل الكتاب من لم تبلغه الدعوة دعوا قبل القتال.

قال أحمد: إن الدعوة قد بلغت وانتشرت ولكن إن جاز أن يكون قوم خلف الروم وخلف الترك على هذه الصفة لم يجز قتالهم قبل الدعوة وذلك لما روى بريدة قال: «كان النبي ﷺ إذا بعث أميراً على سرية أو جيش أمره بتقوى الله في خاصته وبمن معه من المسلمين. وقال: إذا لقيت عدوك من المشركين فادعهم إلى إحدى ثلاث خصال. فأيتهم أجابوك إليها فاقبل منهم وكفَّ عنهم: ادعهم إلى الإسلام فإن أجابوك فاقبل منهم وكُفّ عنهم، فإن هم أبوا فادعهم إلى إعطاء الجزية فإن أجابوك فاقبل منهم وكف عنهم، فإن أبوا فاستعن بالله عليهم وقاتلهم»[1] رواه الجماعة إلا البخاري والنسائي.

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (١٧٣١) ٣: ١٣٥٧ كتاب الجهاد والسير، باب تأمير الإمام الأمراء على البعوث...
وأخرجه أبو داود في سننه (٢٦١٢) ٣: ٣٧ كتاب الجهاد، باب في دعاء المشركين.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٦١٧) ٤: ١٦٢ كتاب السير، باب ما جاء في وصيته ﷺ في القتال. ⇦

وهذا يحتمل أنه كان في بدء الأمر قبل انتشار الدعوة وظهور الإسلام وأما اليوم فقد انتشرت الدعوة فاستغني بذلك عن الدعاء عند القتال .

قال أحمد : كان النبي عليه السلام يدعو إلى الإسلام قبل أن يحارب حتى أظهر الله الدين وعلا الإسلام ولا أعرف اليوم أحداً يدعى . قد بلغت الدعوة كل أحد . فالروم قد بلغتهم الدعوة وعلموا ما يراد منهم وإنما كانت الدعوة في أول الإسلام فإن دعى فلا بأس .

وقد روى ابن عمر «أن النبي عليه السلام أغار على بني المصطلق وهم غارون آمنون وإبلهم تسقى على الماء فقتل المقاتلة وسبى الذرية »[1] متفق عليه .

وقال سلمة بن الأكوع : «أمّر رسول الله ﷺ أبا بكر فغزونا ناساً من المشركين فبيّتناهم»[2] رواه أبو داود .

ويحتمل أن يحمل الأمر بالدعوة في حديث بريدة على الاستحباب فإنها مستحبة في كل حال . وقد روي «أن النبي عليه السلام أمر علياً حين أعطاه الراية يوم خيبر وبعثه إلى قتالهم أن يدعوهم»[3] . وهم ممن قد بلغته الدعوة . رواه البخاري .

ودعا سلمان أهل فارس .

إذا ثبت هذا فإن كان المدعو من أهل الكتاب أو مجوسياً دعاهم إلى الإسلام فإن أبوا دعاهم إلى إعطاء الجزية فإن أبوا قاتلهم وإن كانوا من غيرهم دعاهم إلى

⇦

وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٨٥٨) ٢: ٩٥٣ كتاب الجهاد، باب وصية الإمام.

وأخرجه أحمد في مسنده (٢٢٤٦٩) طبعة إحياء التراث.

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٤٠٣) ٢: ٨٩٨ كتاب العتق، باب من ملك من العرب رقيقاً فوهب وباع وجامع وفدى وسبى الذرية .

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٧٣٠) كتاب الجهاد والسير، باب جواز الإغارة على الكفار الذين بلغتهم دعوة الإسلام.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٢٦٣٨) ٣: ٤٣ كتاب الجهاد، باب في البيات.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٨٤٧) ٣: ١٠٩٦ كتاب الجهاد والسير، باب فضل من أسلم على يديه رجل.

الإسلام فإن أبوا قاتلهم ، ومن قتل منهم قبل الدعوة لم يضمن ؛ لأنه لا إيمان له ولا أمان فلم يضمن كنساء من بلغته الدعوة وصبيانهم .

مسألة : **(ويقاتل أهل الكتاب والمجوس حتى يسلموا أو يعطوا الجزية عن يدوهم صاغرون ويقاتل من سواهم من الكفار حتى يسلموا)** .

أما الكفار فثلاثة أقسام أهل كتاب وهم اليهود والنصارى ، ومن اتخذ التوراة أو الإنجيل كتاباً كالسامرة والفرنج ونحوهم فهؤلاء تقبل منهم الجزية ويقرون على دينهم إذا بذلوها ؛ لقول الله تعالى : ﴿قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ولا يحرمون ما حرم الله ورسوله ولا يَدينون دين الحق من الذين أوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون﴾ [التوبة :٢٩] .

القسم الثاني : من له شبهة كتاب وهم المجوس فحكمهم حكم أهل الكتاب في قبول الجزية منهم وإقرارهم بها ؛ لقوله عليه السلام : «سُنوا بهم سُنة أهل الكتاب»[1] ، ولا نعلم بين أهل العلم في هذين القسمين خلافاً .

القسم الثالث : من لا كتاب لهم ولا شبهة كتاب وهم من عدا هذين القسمين من عبدة الأوثان ومن عبد ما استحسن وسائر الكفار فلا تقبل منهم الجزية ولا يقبل منهم سوى الإسلام هذا ظاهر المذهب وبه قال الشافعي .

وعن أحمد أن الجزية تقبل من جميع الكفار إلا عبدة الأوثان من العرب . وهو مذهب أبي حنيفة ؛ لأنهم يقرون على دينهم بالاسترقاق فيقرون ببذل الجزية كالمجوس .

ووجه الرواية الأولى عموم قوله تعالى : ﴿فاقتلوا المشركين﴾ [التوبة :٥] وقوله عليه السلام : «أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله»[2] خص منهما

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٩: ١٨٩ كتاب الجزية، باب المجوس أهل كتاب والجزية تؤخذ منهم .
وأخرجه أبو عبيد في الأموال (٧٨) ص: ٣٥ باب أخذ الجزية من المجوس.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٥) ١: ١٧ كتاب الإيمان، باب ﴿فإن تابوا وأقاموا الصلاة وآتوا الزكاة فخلوا سبيلهم﴾ .
وأخرجه مسلم في صحيحه (٢٢) ١: ٥٣ كتاب الإيمان، باب الأمر بقتال الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله محمد رسول الله...

أهل الكتاب بقوله تعالى: ﴿من الذين أوتوا الكتاب[1] حتى يعطوا الجزية﴾ [التوبة:٢٩]، والمجوس بقوله عليه السلام: «سُنوا بهم سُنة أهل الكتاب»[2] فمن عداهما يبقى على مقتضى العموم.

ولأن الصحابة توقفوا في أخذ الجزية من المجوس ولم يأخذ عمر منهم الجزية حتى روى له عبدالرحمن بن عوف أن النبي عليه السلام قال: «سُنوا بهم سُنة أهل الكتاب»[3] وثبت عندهم أن النبي ﷺ أخذ الجزية من مجوس هجر. وهذا يدل على أنهم لم يقبلوا الجزية ممن سواهم فإنهم توقفوا فيمن له شبهة كتاب ففيمن لا شبهة له أولى. ثم أخذوا الجزية منهم للخبر المختص بهم فيدل على أنهم لم يأخذوها من غيرهم.

ولأن قوله عليه السلام: «سُنوا بهم سُنة أهل الكتاب»[4] يدل على اختصاص أهل الكتاب ببذل الجزية إذ لو كان عاماً في جميع الكفار لم يخص أهل الكتاب بإضافتها إليهم.

ولأنهم تغلظ كفرهم لكفرهم با لله ولجميع كتبه ورسله ولم يكن لهم شبهة فلم يقروا ببذل الجزية؛ كقريش وعبدة الأوثان من العرب.

ولأن تغليظ الكفر له أثر في تحتم القتل وكونه لا يقر بالجزية بدليل المرتد.

وأما المجوس فإن لهم شبهة كتاب والشبهة تقوم مقام الحقيقة فيما ينبى على الاحتياط فحرمت دماؤهم للشبهة ولم يثبت حل نسائهم وذبائحهم؛ لأن الحل لا يثبت بالشبهة.

ولأن الشبهة لما اقتضت تحريم دمائهم اقتضت تحريم ذبائحهم ونسائهم ليثبت التحريم في المواضع كلها تغليباً له على الإباحة، ولا نسلم أنهم يقرون على دينهم بالاسترقاق.

(١) في الأصل: من أهل الكتاب.
(٢) سبق تخريجه ص: ٤٩٢.
(٣) سبق تخريجه ص: ٤٩٢.
(٤) سبق تخريجه ص: ٤٩٢.

مسألة : **(وواجب على الناس إذا جاء العدو أن ينفروا المقلّ منهم والمكثر ، ولا يخرجوا إلى العدو إلا بإذن الأمير ، إلا أن يفجأهم عدو غالب يخافون كلبه فلا يمكنهم أن يستأذنوه)** .

قوله : المقلّ منهم والمكثر يعني به : الغني والفقير أي : مقل من المال ومكثر منه . ومعناه : أن النفير يعم جميع الناس ممن كان من أهل القتال حين الحاجة إلى نفيرهم لمجيء العدو إليهم ولا يجوز لأحد التخلف إلا من يحتاج إلى تخلفه لحفظ المكان والأهل والمال ومن يمنعه الأمير من الخروج أو من لا قدرة له على الخروج أو القتال وذلك لقول الله تعالى : ﴿ انفروا خفافاً وثقالاً ﴾ [التوبة :٤١] ، وقوله عليه السلام : «إذا استنفرتم فانفروا»[1] وقد ذم الله الذين أرادوا الرجوع إلى منازلهم يوم الأحزاب فقال : ﴿ويستأذن فريق منهم النبي يقولون إن بيوتنا عورة وما هي بعورة إن يريدون إلا فرارا﴾ [الأحزاب :١٣] .

ولأنهم إذا جاء العدو صار الجهاد عليهم فرض عين فوجب على الجميع فلم يجز لأحد التخلف عنه .

إذا ثبت هذا فإنهم لا يخرجون إلا بإذن الأمير ؛ لأن أمر الحرب موكول إليه وهو أعلم بكثرة العدو وقلتهم ومكامن العدو وكيدهم فينبغي أن يرجع إلى رأيه ؛ لأنه أحوط للمسلمين ، إلا أن يتعذر استئذانه لمفاجأة عدوهم لهم فلا يجب استئذانه ؛ لأن المصلحة تتعين في قتالهم والخروج إليهم لتعين الفساد في تركهم ، ولذلك «لما أغار الكفار على لقاح النبي عليه السلام فصادفهم سلمة بن الأكوع خارجاً من المدينة تبعهم فقاتلهم من غير إذن فمدحه النبي ﷺ وقال : خير رجالنا سلمة بن الأكوع ، وأعطاه سهم فارس وراجل»[2] .

مسألة : **(ولا يدخل مع المسلمين من النساء إلى أرض العدو إلا الطاعنة في السن لسقي الماء ومعالجة الجرحى كما فعل النبي ﷺ)** .

---

(١) سبق تخريجه ص: ٤٨٤.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٣٩٥٨) ٤: ١٥٣٦ كتاب المغازي، باب غزوة ذات القرد.

يكره دخول النساء الشواب أرض العدو ؛ لأنهن لسن من أهل القتال وقلما ينتفع بهن فيه لاستيلاء الخور والجبن عليهن ولا يؤمن ظفر العدو بهن فيستحلون ما حرم الله منهن . وقد روى ابن زياد عن جدته أم أبيه «أنها خرجت مع رسول الله عليه السلام في غزوة خيبر سادسة ست نسوة فبلغ رسول الله ﷺ فبعث إلينا فجئنا فرأينا فيه الغَضَب فقال : مع من خرجتن؟ فقلنا : خرجنا نغزلُ الشعر ونُعين به في سبيل الله ومعنا دواء للجرحى ونناول السهام ونَسقي السويق فقال : قُمن حتى إذا فتح الله خيبر أسهم لنا كما أسهم للرجال فقلت لها : يا جدة ما كان ذلك ؟ قالت : تمراً»[1] .

قيل للأوزاعي : هل كانوا يغزون معهم في الصوائف بالنساء؟ قالا : لا إلا بالجواري .

فأما المرأة الطاعنة في السن وهي الكبيرة إذا كان فيها نفع مثل سقي الماء ومعالجة الجرحى فلا بأس به ؛ لما روينا من الخبر .

و «كانت أم سليم ونسيبة بنت كعب تغزوان مع النبي ﷺ . فأما نُسيبة فكانت تقاتل . وقُطعت يدها يوم اليمامة»[2] .

وقالت الرُّبَيِّع : «كنا نغزو مع رسول الله ﷺ لسقي الماء ومعالجة الجرحى»[3] .

وقال أنس : «كان رسول الله ﷺ يغزو بأم سُليم ونسوة معها من الأنصار . يسقين الماء ، ويداوين الجرحى»[4] . قال الترمذي : هذا حديث حسن صحيح .

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٢٧٢٩) ٣: ٧٤ كتاب الجهاد ، باب في المرأة والعبد يحذيان من الغنيمة.

(٢) عن أم عطية الأنصارية قالت: «غزوت مع رسول الله ﷺ سبع غزوات ، أخلفهم في رحالهم ، وأصنع لهم الطعام، وأداوي الجرحى ، وأقوم على المرضى».
أخرجه مسلم في صحيحه (١٨١٢) ٣: ١٤٤٧ كتاب الجهاد، باب النساء الغازيات يرضخ لهن...
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٨٥٦) ٢: ٩٥٢ كتاب الجهاد، باب العبيد والنساء يشهدون مع المسلمين.
وأخرجه أحمد في مسنده (٢٧٣٣٩) ٦: ٤٠٧.

(٣) أخرجه أحمد في مسنده (٢٧٠٦١) ٦: ٣٥٩.

(٤) أخرجه الترمذي في جامعه (١٥٧٥) ٤: ١٣٩ كتاب السير، باب ما جاء في خروج النساء في الحرب.

فإن قيل: فقد كان النبي عليه السلام يُخرج معه من تقع عليها القرعة من نسائه وخرج بعائشة مرات؟

قلنا: تلك امرأة واحدة يأخذها للحاجة إليها. ويجوز مثل ذلك للأمير عند حاجته. ولا يرخص لسائر الرعية؛ لئلا يفضي إلى ما ذكرنا.

مسألة: **(وإذا غزا الأمير بالناس لم يجز لأحد أن يتعلف ولا يحتطب ولا يبارز علجاً ولا يخرج من العسكر ولا يحدث حدثاً إلا بإذنه)**.

يعني: لا يخرج من العسكر لتعلف وهو تحصيل العلف للدواب ولا لاحتطاب ولا غيره إلا بإذن الأمير؛ لقول الله تعالى: ﴿إنما المؤمنون الذين آمنوا بالله ورسوله وإذا كانوا معه على أمرٍ جامعٍ لم يذهبوا حتى يستأذنوه﴾ [النور: ٦٢].

ولأن الأمير أعرف بحال الناس وحال العدو ومكامنهم ومواضعهم وقربهم وبعدهم. فإذا خرج خارج بغير إذنه لم يأمن أن يصادف كميناً للعدو فيأخذوه أو طليعة لهم، أو يرحل الأمير بالمسلمين ويتركه فيهلك.

وإذا كان بإذن الأمير لم يأذن لهم إلا إلى مكان يأمن وربما بعث معهم من الجيش من يحرسهم ويطلع عليهم.

وأما المبارزة فيجوز بالأمير في قول عامة أهل العلم؛ «لأن حمزة وعلياً وعبيدة بن الحارث بارزوا يوم بدر بإذن النبي عليه السلام»[(١)].

و «بارز علي مرحباً يوم خيبر»[(٢)].

وقيل: «بارزه محمد بن مسلمة»[(٣)]، و «بارزه قبل ذلك عامر بن الأكوع فاستشهد»[(٤)].

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٢٦٦٥) ٣: ٥٢-٥٣ كتاب الجهاد، باب: في المبارزة.
وأخرجه أحمد في مسنده (٩٥١) ط إحياء التراث. كلاهما عن علي رضي الله عنه.

(٢) أخرجه أحمد في مسنده (٢٣٠٨١) ٥: ٣٥٨.

(٣) أخرجه أحمد في مسنده (١٥١٧٣) ٣: ٣٨٥.

(٤) أخرجه أحمد في مسنده (٢٣٠٨١) ٥: ٣٥٨.

ولم يزل أصحاب رسول الله ﷺ يبارزون في عصر النبي عليه السلام وبعده لم ينكره منكر فكان إجماعاً .

وكان أبو ذر يقسم أن قوله تعالى : ﴿هذان خصمان اختصموا في ربهم﴾ [الحج:١٩] نزلت في الذين تبارزوا يوم بدر ، وهم حمزة وعلي وعبيدة بارزوا عتبة وشيبة والوليد بن عتبة .

إذا ثبت هذا فإنه ينبغي أن يستأذن الأمير في المبارزة إذا أمكن ، وبه قال الثوري وإسحاق ؛ لأن الإمام أعلم بفرسانه وفرسان عدوه .

ومتى برز الإنسان إلى من لا يطيقه كان معرضاً نفسه للهلاك فيكسر قلوب المسلمين فينبغي أن يفوض ذلك إلى الإمام ليختار للمبارزة من يرضاه لها[1] فيكون أقرب إلى الظفر وجبر قلوب المسلمين وكسر قلوب المشركين .

مسألة : (**ومن أعطي شيئاً يستعين به في غزاته فما فضل فهو له فإن لم يعط لغزاة بعينها رد ما فضل في الغزو**) .

أما من أعطي شيئاً من المال يستعين به في الغزو لم يخل إما أن يعطى لغزاة بعينها أو في الغزو مطلقاً ، فإن أعطي لغزاة بعينها فما فضل بعد الغزو فهو له ، وهذا قول عطاء ومجاهد وسعيد بن المسيب .

وكان ابن عمر إذا أعطي شيئاً في الغزو يقول لصاحبه : إذا بلغت وادي القرى فشأنك به .

ولأنه أعطاه على سبيل المعاونة والنفقة لا على سبيل الإجارة فكان الفاضل له ، كما لو أوصى أن يحج فلان عنه حجة بألف ، وإن أعطاه شيئاً لنفقته في سبيل الله أو في الغزو مطلقاً ففضل منه فضل أنفقه في غزاة أخرى ؛ لأنه أعطاه الجميع لينفقه في جهة قربة فلزمه إنفاق الجميع فيها ؛ كما لو أوصى أن يحج عنه بألف .

---

(١) زيادة من المغني ١٠: ٣٩٤.

فصل

ومن أعطي شيئاً يستعين به في الغزو فقال أحمد: لا يترك لأهله منه شيئاً؛ لأنه ليْس يملكه إلا أن يصير إلى رأس مغزاة فيكون كهيئة ماله فيبعث إلى عياله منه ولا يتصرف فيه قبل الخروج لئلا يتخلف عن الغزو فلا يكون مستحقاً لما أنفقه إلا أن يشتري منه سلاحاً أو آلة للغزو فإن قصد إعطاؤه لمن يغزو به فقال أحمد: لا يتخذ منه سفرة فيها طعام فيطعم منها أحداً؛ لأنه إنما أعطيها لينفقها في جهة مخصوصة وهي الجهاد.

مسألة: (**وإذا حمل الرجل على دابة فإذا رجع من الغزو فهي له إلا أن يقول: هي حبيس فلا يجوز أن تباع، إلا أن تصير في حال لا تصلح للغزو فتباع وتجعل في حبيس آخر. وكذلك المسجد إذا ضاق بأهله أو كان في مكان لا ينتفع به جاز أن يباع ويجعل في مكان ينتفع به، وكذلك الأضحية إذا أبدلها بخير منها**).

قوله: حمل الرجل على دابة أي: أعطيها ليغزو عليها فإذا غزا عليها ملكها كما يملك النفقة المدفوعة إليه إلا أن تكون عارية فتكون لصاحبها أو حبيساً فتكون حبيساً بحاله.

قال عمر: «حملت على فرس عتيق في سبيل الله فأضاعه صاحبه الذي كان عنده فأردت أن أشتريه وظننت أنه يبيعه برخص. فسألت رسول الله ﷺ فقال: لا تشتره، ولا تعد في صدقتك وإن أعطاكه بدرهم. فإن العائد في صدقته كالكلب يعود في قيئه»[1] متفق عليه.

وهذا يدل على أنه ملكه لولا ذلك ما باعه، ويدل على أنه ملكه بعد الغزو؛ لأنه أقامه للبيع بالمدينة و لم يكن ليأخذه من عمر ثم يقيمه للبيع في الحال. فدل على أنه أقامه للبيع بعد غزوه عليه. وذكر أحمد نحواً من هذا الكلام[2].

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (١٤١٩) ٢: ٥٤٢ كتاب الزكاة، باب هل يشتري صدقته.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٦٢٠) ٣: ١٢٣٩ كتاب الهبات، باب كراهة شراء الإنسان ما تصدق به ممن تصدق عليه.

(٢) زيادة من المغني ١٠: ٣٩٩.

وسئل متى يطيب له الفرس؟ قال: إذا غزا عليه. قيل له: فإن العدو جاءنا فخرج على هذا الفرس في الطلب إلى خمس فراسخ ثم رجع؟ قال: لا. حتى يكون غزواً. قيل له: فحديث ابن عمر: ذا بلغت وادي القرى فشأنك به قال ابن عمر: كان يصنع ذلك في ماله ورأى أنه إنما يستحقه إذا غزا عليه وهذا قول أكثر أهل العلم منهم سعيد بن المسيب ومالك والليث.

قال ابن المنذر: و لم أعلم أحداً يقول أن له يبيعه في مكانه. وكان مالك لا يرى أنه ينتفع بثمنه في غير سبيل الله إلا أن يقول له: شأنك به ما أردت.

ولنا حديث عمر وليس فيه ما اشترط مالك.

وأما إذا قال: هي حبيس فلا يجوز بيعها وقد سبق شرح هذه في باب الوقف ويأتي شرح حكم الأضحية في بابها إن شاء الله تعالى.

فصل

قال أحمد: لا يركب دواب السبيل في حاجته ويركبها ويستعملها في سبيل الله ولا يركب في الأمصار والقرى. ولا بأس أن يركبها ويعلفها وأكره سباق الرمك على الفرس الحبيس وسهم الفرس الحبيس لمن غزا عليه. ولا يباع الفرس الحبيس إلا من علة إذا عطب يصّير للطحن ويصير ثمنه في مثله أو ينفق ثمنه على الدواب الحبيس وإذا أراد أن يشتري فرساً ليحمل عليه فقال أحمد: يستحب شراؤها من غير الثغر ليكون توسعة على أهل الثغر في الجلب.

مسألة: **(وإذا سبى الإمام فهو مخير إن رأى قتلهم، وإن رأى منَّ عليهم وأطلقهم [بلا عوض، وإن رأى أطلقهم][1] على مال يأخذه منهم، وإن رأى فادى بهم، وإن رأى استرقهم أي ذلك رأى فيه نكاية للعدو وحظاً للمسلمين فعل)**.

أما من أسر من أهل الحرب فعلى ثلاثة أضرب:

(١) زيادة من المغني ١٠: ٤٠٠.

أحدها : النساء والصبيان فلا يجوز قتلهم ويصيرون رقيقاً للمسلمين بنفس السبي ؛ «لأن النبي ﷺ نهى عن قتل النساء والولدان»[1] متفق عليه .

وكان رسول الله ﷺ يسترقهم إذا سباهم .

الثاني : الرجال من أهل الكتاب والمجوس الذين يقرون بالجزية فيخير الإمام فيهم بين أربعة أشياء : القتل والمن بغير عوض والمفاداة بهم واسترقاقهم .

الثالث : الرجال من عبدة الأوثان وغيرهم ممن لا يقر بالجزية فيخير الإمام فيهم بين ثلاثة أشياء : القتل أو المن والمفاداة ولا يجوز استرقاقهم ، وعن أحمد جواز ذلك وهو مذهب الشافعي ، وبما ذكرنا في أهل الكتاب قال الأوزاعي والشافعي وأبو ثور ومالك في رواية . وعن مالك لا يجوز المن بغير عوض ؛ لأنه لا مصلحة فيه وإنما يجوز للإمام فعل ما فيه المصلحة .

ولنا على جواز الفدية والمن قول الله تعالى : ﴿فإما منّا بعدُ وإما فداء﴾ [محمد :٤] ، و «أن النبي عليه السلام مَنَّ على ثُمامة بن أُثال»[2] ، و «أبي العاص بن الربيع»[3] .

وقال في أسارى بدر : «لو كان مطعم بن عدي حياً ثم سألني في هؤلاء النّتنى لأطلقتُهم له»[4] .

و «فادى أسارى بدر ، وكانوا ثلاثة وسبعين رجلاً كل رجل بأربعمائة»[5] .

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٨٥٢) ٣: ١٠٩٨ كتاب الجهاد والسير، باب قتل النساء في الحرب.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٧٤٤) ٣: ١٣٦٤ كتاب الجهاد والسير، باب تحريم قتل النساء والصبيان في الحرب.

(٢) أخرجه أحمد في مسنده (٩٨٣٢) ٢: ٤٥٢.

(٣) أخرجه أحمد في مسنده (٢٦٤٠٥) ٦: ٢٧٦.

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٩٧٠) ٣: ١١٤٣ كتاب فرض الخمس ، باب ما منّ النبي ﷺ على الأسارى من غير أن يخمس.
وأخرجه أبو داود في سننه (٢٦٨٩) ٣: ٦١ كتاب الجهاد ، باب في المن على الأسير بغير فداء.

(٥) عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: «لما كان يوم قال نظر النبي ﷺ إلى أصحابه وهم ثلثمائة ونيف ونظر إلى المشركين فإذا هم ألف وزيادة... الحديث . وفيه : فقال أبو بكر رضي الله عنه يا نبي الله هؤلاء بنو العم والعشيرة والإخوان فإني أرى أن تأخذ منهم الفدية فيكون ما أخذنا منهم قوة لنا على الكفار وعسى الله أن يهديهم فيكونون لنا عضداً فقال رسول الله ﷺ: ما ترى يا ابن الخطاب؟ قال: قلت: والله ما أرى ما رأى ⇐

و «فادى يوم بدر رجلاً برجلين وصاحب العضباء»[1] .

وأما القتل فـ «لأن النبي عليه السلام قتل رجال بني قريظة وهم بين الستمائة إلى السبعمائة»[2] .

و «قتل يوم بدر النضر بن الحارث وعقبة بن أبي معيط صبراً»[3] .

وهذه قصص اشتهرت وعمت وفعلها النبي عليه السلام مرات وهو دليل على جوازها .

ولأن كل خصلة من هذه الخصال قد تكون أصلح في بعض الأسرى فإن منهم من له قوة ونكاية للمسلمين وبقاؤه ضرر عليهم فقتله أصلح ومنهم الضعيف وله مال كثير ففداؤه أصلح ، ومنهم حسن الرأي في المسلمين يرجى إسلامه بالمن عليه أو معونته للمسلمين بتخليص أسراهم والدفع عنهم فالمن عليه أصلح ، ومنهم من ينتفع بخدمته ويؤمن شره فاسترقاقه أصلح كالنساء والصبيان والإمام أعلم بالمصلحة فينبغي أن يفوض ذلك إليه .

⇦

أبو بكر رضي الله عنه ولكني أرى أن تمكنني من فلان قريباً لعمر فأضرب عنقه وتمكن علياً رضي الله عنه من عقيل فيضرب عنقه وتمكن حمزة من فلان أخيه فيضرب عنقه حتى يعلم الله أنه ليست في قلوبنا هوادة للمشركين هؤلاء صناديدهم وأئمتهم وقادتهم . فهوي رسول الله ﷺ ما قال أبو بكر رضي الله عنه ولم يهو ما قلت فأخذ منهم الفداء... الحديث بطوله» .

أخرجه أحمد في مسنده (٢٠٨) ١: ٣١ .

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٣٣١٦) ٣: ٢٣٩ كتاب الأيمان والنذور ، باب في النذر فيما لا يملك.

(٢) أخرجه الترمذي في جامعه (١٥٨٢) ٤: ١٤٤ كتاب السير، باب ما جاء في النزول على الحكم. وفيه : «وكانوا أربعمائة».

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى من طريق محمد بن يحيى بن سهل بن أبي حثمة عن أبيه عن جده «أن رسول الله ﷺ لما أقبل بالأسارى حتى إذا كان بعرق الظبية أمر عاصم بن ثابت بن أبي الأقلح أن يضرب عنق عقبة بن أبي معيط . فجعل عقبة بن أبي معيط يقول يا ويلاه! علام أقتل من بين هؤلاء؟ فقال رسول الله ﷺ: بعداوتك لله ولرسوله . فقال: يا محمد ! مَنّك أفضل . فاجعلني كرجل من قومي إن قتلتهم قتلتني ، وإن مننت عليهم مننت عليّ ، وإن أخذت منهم الفداء كنت كأحدهم . يا محمد ! من للصبية ؟ فقال رسول الله ﷺ: النار . يا عاصم بن ثابت قدمه فاضرب عنقه . فقدمه فضرب عنقه» ٩: ٦٤ كتاب السير، باب ما يفعله بالرجال البالغين منهم .

وأخرجه أبو داود في المراسيل من حديث سعيد بن جبير: أن رسول الله ﷺ قتل يوم بدر ثلاثة من قريش صبراً: المطعم بن عدي، والنضر بن الحارث، وعقبة بن أبي معيط . ص: ١٨٣ .

وأما عبدة الأوثان ففي استرقاقهم روايتان إحداهما : لا يجوز وبه قال الشافعي ؛ لأنه كافر لا يقر بالجزية . فلم يقر بالاسترقاق ؛ كالمرتد .

إذا ثبت هذا فإن هذا تخيير مصلحة واجتهاد لا تخيير شهوة فمتى رأى المصلحة في خصلة من هذه الخصال تعينت عليه و لم يجز العدول عنها ومتى تردد فيها فالقتل أولى .

فإن سأل الأسارى من أهل الكتاب تخليتهم على إعطاء الجزية لم يجز ذلك في نسائهم وذراريهم ؛ لأنهم صاروا غنيمة بالسبي . وأما الرجال فيجوز ذلك فيهم ولا يزول التخيير الثابت فيهم ؛ لأنه بذل لا يلزم الإجابة إليه فلم يحرم قتلهم كبدل عبدة الأوثان .

مسألة : **(وسبيل من استرق منهم وما أخذ منهم على إطلاقهم سبيل تلك الغنيمة)** .

يعني : من صار منهم رقيقاً بضرب الرق عليه أو فودي بمال فهو كسائر الغنيمة يخمس ثم يقسم أربعة أخماسه بين الغانمين لا نعلم في هذا خلافاً ؛ لأن النبي عليه السلام قسم فدى أسارى بدر بين الغانمين .

ولأنه مال غنمه المسلمون أشبه الخيل والسلاح .

مسألة : **(وإنما يكون له استرقاقهم إذا كانوا من أهل الكتاب أو مجوساً ، وأما ما سوى هؤلاء من العدو فلا يقبل من بالغي رجالهم إلا الإسلام أو السيف أو الفداء)** .

قد ذكرنا فيما تقدم أن غير أهل الكتاب لا يجوز استرقاق رجالهم في إحدى الروايتين .

مسألة : **(وينفّل الإمام ومن استخلفه الإمام ، كما فعل النبي ﷺ ، في بدأته الربع بعد الخمس ، وفي رجعته الثلث بعد الخمس)** .

التنفل زيادة تزاد على سهم الغازي ومنه نفل الصلاة وهو ما زيد على الفرض ، وقوله تعالى : ﴿ووهبنا له إسحاق ويعقوب نافلة﴾ [الأنبياء: ٧٢] كأنه

سأل الله ولداً فأعطاه ما سأل وزاده ولد الولد . والمراد بالبداءة هاهنا ابتداء دخول دار الحرب والرجعة رجوعه عنها .

والنفل في الغزو ينقسم ثلاثة أقسام :

أحدها : هذا الذي ذكر الخرقي وهو أن الإمام أو نائبه إذا دخل دار الحرب غازياً بعث بين يديه سرية تغير على العدو ويجعل لهم الربع بعد الخمس فما قدمت به السرية من شيء أخرج خمسه ثم أعطى السرية ما جعل لهم وهو ربع الباقي وذلك خمس آخر وقسم ما بقي في الجيش والسرية معه فإذا قفل بعث سرية تغير وجعل لهم الثلث بعد الخمس فما قدمت به السرية أخرج خمسه ثم أعطي السرية ثلث ما بقي ثم قسم سائره في الجيش والسرية معه .

والأصل في هذا ما روى حبيب بن مسلمة الفهري قال : «شهدت رسول الله ﷺ نفّل الربع في البَدْأة ، والثلثَ في الرَّجْعَة»[1] .

وفي لفظ : «أن رسول الله ﷺ كان ينفّلُ الربعَ بعد الخمس والثلثَ بعد الخمس إذا قَفَل»[2] رواهما أحمد وأبو داود .

وعن عبادة بن الصامت : «أن النبي عليه السلام كان ينفّل في البَدْأة الربع ، وفي القُفُول الثلث»[3] رواه أحمد والترمذي وقال : حديث حسن غريب .

القسم الثاني : أن ينفل الإمام بعض الجيش لعنائه وبأسه وبلائه أو لمكروه يتحمله دون سائر الجيش .

قال أحمد : إذا نفذ الإمام صبيحة المغار الخيل فيصيب بعضهم وبعضهم لا يأتي بشيء فللوالي أن يخص بعض هؤلاء الذين جاءوا بشيء دون هؤلاء . وظاهر هذا أن له إعطاء من هذه حاله من غير شرط . وحجة هذا حديث سلمة بن

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٢٧٥٠) ٣: ٨٠ كتاب الجهاد، باب فيمن قال: الخمس قبل النفل.
وأخرجه أحمد في مسنده (١٧٠١٥) طبعة إحياء التراث.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٢٧٤٩) للموضع السابق.
وأخرجه أحمد في مسنده (١٧٠١١) طبعة إحياء التراث.

(٣) أخرجه الترمذي في جامعه (١٥٦١) ٤: ١٣٠ كتاب السير، باب في النفل.
وأخرجه أحمد في مسنده (٢٢٢٥٦) طبعة إحياء التراث.

الأكوع أنه قال: «أغار عبدالرحمن بن عيينة على إبل رسول الله ﷺ فاتبعتهم... فذكر الحديث. فأعطاني رسول الله ﷺ سهم الفارس والراجل»[1] رواه مسلم وأبو داود.

وعنه: «أن النبي عليه السلام أمر أبا بكر قال: فبيَّتْنا عدونا فقتلتُ ليلتئذ تسعةَ أهل أبيات، وأخذت منهم امرأة فنفّلنيها أبو بكر، فلما قدمت المدينة استوهبها النبي عليه السلام مني فوهبتُها له»[2] رواه مسلم بمعناه.

القسم الثالث: أن يقول الأمير: من طلع هذا الحصن أو هدم هذا السور أو نقب هذا البيت أو فعل كذا فله كذا أو من جاء بأسير فله كذا فهو جائز في قول أكثر أهل العلم.

قال أحمد: إذا قال: من جاء بعشر دواب أو بقر أو غنم فله واحد فمن جاء بخمسة أعطاه نصف ما قال لهم ومن جاء بشيء أعطاه بقدره، قيل له: إذا قال: من جاء بعلج فله كذا وكذا فجاء بعلج يطيب له ما يعطى؟ قال: نعم لما تقدم من حديث حبيب وعبادة؛ لقوله عليه السلام: «من قتل قتيلاً فله سَلَبُه»[3].

ولأن فيه مصلحة وتحريضاً على القتال فجاز كاستحقاق الغنيمة وزيادة السهم للفارس واستحقاق السلب.

إذا ثبت هذا فإن النفل لا يختص بنوع من المال، وذكر الخلال أنه لا نفل في الدراهم والدنانير وهو قول الأوزاعي؛ لأن القاتل لا يستحق منها شيئاً فكذلك غيره.

ووجه الأول حديث حبيب بن مسلمة وعبادة وجرير فإن النبي ﷺ جعل لهم الثلث والربع وهو عام في كل ما غنموه.

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (١٨٠٧) ٣: ١٤٣٣ كتاب الجهاد والسير، باب غزوة ذي قرد وغيرها.
وأخرجه أبو داود في سننه (٢٧٥٢) ٣: ٨١ كتاب الجهاد، باب في السرية ترد على أهل العسكر.

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه (١٧٥٥) ٣: ١٣٧٥ كتاب الجهاد والسير، باب التنفيل وفداء المسلمين بالأسارى.

(٣) سيأتي تخريجه ص: ٤٨٣.

ولأنه نوع مال فجاز النفل فيه كسائر الأموال وأما القاتل فإنما نفل السلب وليست الدراهم والدنانير من السلب فلم يستحق غير ما جعل له .

مسألة : **(ويرد من نفل على من معه في السرية إذ بقوتهم صار إليه)** .

هذا في الصورة الذي ذكر الخرقي وهي القسم الأول من أقسام النفل وهي إذا بعث سرية ونفلها الثلث أو الربع فدفع النفل إلى بعضهم وخصه به أو جاء بعضهم بشيء فنفله و لم يأت بعضهم بشيء فلم ينفله شارك من نفل من لم ينفل نص عليه أحمد ؛ لأن هؤلاء إنما أخذوا بقوة هؤلاء .

ولأنهم استحقوا النفل على وجه الإشاعة بينهم بالشرط السابق فلم يختص به واحد منهم كالغنيمة ، وأما في القسمين الآخرين اللذين لم يذكرهما الخرقي مثل أن يخص بعض الجيش بنفل لعنائه أو يجعله له كقوله : من جاء بعشرة أرؤس فله رأس فجاء واحد بعشرة دون الجيش . فأما من نفل يختص بنفله دون غيره ؛ لأن النبي عليه السلام لما نفل من قتل بسلب قتيله اختص به ، ولما خص سلمة بن الأكوع بسهم الفارس والراجل اختص به ، وكذلك اختص بالمرأة التي نفلها إياه أبو بكر دون الناس .

ولأن هذا جعل تحريضاً على القتال وحثاً على فعل ما يحتاج إليه المسلمون لتحمل فاعله كلفة فعله رغبة فيما جعل له فلو لم يختص به فاعله ما خاطر أحد بنفسه في فعله ولا حصلت مصلحة النفل فوجب أن يختص الفاعل لذلك بنفله كثواب الآخرة .

مسألة : **(ومن قتل منا أحداً منهم مقبلاً على القتال فله سلبه غير مخموس ، قال ذلك الإمام أو لم يقل)** .

هذه المسألة تشتمل على أحكام :

أحدها : أن القاتل يستحق السلب في الجملة ولا نعلم فيه خلافاً . والأصل فيه قول النبي ﷺ : «من قتل كافراً فله سلبه»[1] رواه جماعة عن النبي ﷺ ، منهم أنس وسمرة بن جندب وغيرهما .

وروى أبو قتادة قال : «خرجنا مع رسول الله ﷺ فلما التقينا رأيت للمسلمين جولة فرأيت رجلاً من المشركين قد علا رجلاً من المسلمين فاستدرت إليه حتى أتيته من ورائه فضربته بالسيف على حبل عاتقه وأقبل عليَّ فضمني ضمة وجدت منها ريح الموت ثم أدركه الموت فأرسلني فلحقت عمر بن الخطاب فقلت له : ما بال الناس؟ قال : أمر الله . ثم إن الناس رجعوا وجلس رسول الله ﷺ فقال : من قتل قتيلاً له عليه بينة فله سَلَبُه قال : فقمت فقلت : من يشهد لي ثم جلست ، ثم قال مثل ذلك قال : فقمت فقلت : من يشهد لي ثم جلست ، ثم قال ذلك الثالثة فقصصت عليه القصة فقال رجل من القوم : صدق[2] يا رسول الله سلب ذلك القتيل عندي فأرضه من حقه فقال أبو بكر : لاها الله إذاً لا نعمد إلى أَسَدٍ من أُسُدِ الله يُقاتل عن الله وعن رسوله فنعطيك سلبه . فقال رسول الله ﷺ : صدق فأعطه إياه فأعطاني فبعت الدرع فابتعت مَخْرفاً في بني سلمة فإنه لأول مال تأثلته في الإسلام»[3] متفق عليه .

وعن أنس قال : قال رسول الله ﷺ يوم حنين : «من قتل قتيلاً فله سَلَبُه فقتل أبو طلحة يومئذ عشرين رجلاً وأخذ أسلابهم»[4] رواه أحمد وأبو داود .

الحكم الثاني : أن السلب لكل قاتل يستحق السهم أو الرضخ كالعبد والمرأة والصبي والمشرك لعموم الخبر .

ولأنه قاتل من أهل الغنيمة فاستحق السلب كذا السهم .

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٢٧١٨) ٣: ٧١ كتاب الجهاد، باب في السلب يعطى القاتل.
وأخرجه أحمد في مسنده (١٢١٥٢) ٣: ١١٤. كلاهما عن أنس بن مالك رضي الله عنه.

(٢) زيادة من المغني ١٠: ٤١٩.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٩٧٣) ٣: ١١٤٤ أبواب الخمس، باب من لم يخمس الأسلاب...
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٧٥١) ٣: ١٣٧٠ كتاب الجهاد والسير، باب استحقاق القاتل سلب القتيل.

(٤) أخرجه أبو داود في سننه (٢٧١٨) ٣: ٧١ كتاب الجهاد، باب في السلب يعطى القاتل.
وأخرجه أحمد في مسنده (١١٨٢٧) طبعة إحياء التراث.

ولأن الأمير لو جعل جُعلاً لمن صنع شيئاً فيه نفع للمسلمين لاستحقه فاعله من هؤلاء، فالذي جعله النبي عليه السلام أولى .

الحكم الثالث : أن السلب للقاتل في كل حال إلا أن ينهزم العدو، وبه قال الشافعي ؛ لعموم قوله عليه السلام : «من قتل قتيلاً فله سَلَبُه»[1] .

ولأن أبا قتادة إنما قتل الذي أخذ سلبه في حال التقاء الزحفين ألا تراه يقول : «فلما التقينا»[2] ، وكذلك قول أنس : «فقتل أبو طلحة يومئذ عشرين رجلاً»[3] وكان ذلك بعد التقاء الزحفين ؛ لأن هوازن لقوا المسلمين فجأة فألحموا الحرب قبل أن تتقدمها مبارزة .

وروى سعيد بإسناده عن عوف بن مالك قال : «غزونا إلى طرف الشام فأمر علينا خالد بن الوليد فانضم إلينا رجل من أمداد حمير فقضي لنا أنا لقينا عدونا فقاتلنا قتالاً شديداً وفي القوم رجل من الروم على فرس له أشقر وسرج مذهب ومنطقة ملطخة وسيف مثل ذلك فجعل يحمل على القوم ويفري بهم فلم يزل المددي يختل لذلك الرومي حتى مر به فاستقفاه[4] فضرب عُرقوب فرسه بالسيف[5] ثم وقع فأتبعه ضرباً بالسيف حتى قتله فلما فتح الله الفتح أقبل يسلب القتيل وقد شهد له الناس أنه قاتله فأعطاه خالد بعض سلبه وأمسك سائره . فلما قدم المدينة استعدى رسول الله ﷺ فدعا خالداً[6] فقال رسول الله ﷺ : ما منعك يا خالد أن تدفع إلى هذا سلب قتيله؟ قال : استكثرته له . قال : ادفعه إليه»[7] رواه أبو داود .

---

(١) سبق قريباً.

(٢) سبق قريباً.

(٣) سبق قريباً.

(٤) في الأصل زيادة: فمر به.

(٥) زيادة من السنن.

(٦) في الأصل: خالد.

(٧) أخرجه أبو داود في سننه (٢٧١٩) ٣: ٧١ كتاب الجهاد، باب في الإمام يمنع القاتل السلب إن رأى والفرس والسلاح من السلب.

وأخرجه أحمد في مسنده (٢٣٤٦٧) طبعة إحياء التراث.

وأخرجه سعيد بن منصور في سننه (٢٦٩٧) ٢: ٢٨٠ كتاب الجهاد، باب النفل والسلب في الغزو والجهاد.

الحكم الرابع : أنه إنما يستحق السلب بشروط أربعة :

أحدها : أن يكون المقتول من المقاتلة الذين يجوز قتلهم . فأما إن قتل صبياً أو امرأة أو شيخاً فانياً أو ضعيفاً مهيناً ونحوهم ممن لا يقاتل لم يستحق سلبه . لا نعلم في هذا خلافاً ، وإن كان أحد هؤلاء يقاتل استحق قاتله سلبه ؛ لأنه يجوز[1] قتله . ومن قتل أسيراً له أو لغيره لم يستحق سلبه لذلك .

الثاني : أن يكون المقتول فيه منعة غير مثخن بالجراح فإن كان مثخناً بالجراح فليس لقاتله شيء من سلبه ، وبهذا قال الشافعي ومكحول ؛ لأن معاذ بن عمرو بن الجموح أثبت أبا جهل وذفف عليه ابن مسعود فقضى النبي ﷺ بسلبه لمعاذ بن عمرو بن الجموح و لم يعط ابن مسعود شيئاً .

وإن قطع يدي رجل ورجليه وقتله آخر فالسلب للقاطع دون القاتل ؛ لأن القاطع هو الذي كفى المسلمين شره ، وإن قطع يديه أو رجليه وقتله الآخر فالسلب للقاطع في أحد الوجهين ؛ لأنه عطله أشبه الذي قتله .

والثاني : سلبه في الغنيمة ؛ لأنه إن كانت رجلاه سالمتين فإنه يعدو ويكثر[2] . وإن كانت يداه سالمتين فإنه يقاتل بهما فلم يكف القاطع شره كله ولا يستحق القاتل سلبه ؛ لأنه مثخن بالجراح .

الثالث : أن يقتله أو يثخنه بالجراح يجعله يجعله في حكم المقتول . قال أحمد : لا يكون السلب إلا لقاتل .

الرابع : أن يغرر بنفسه في قتله ، وأما إن رماه بسهم من صف المسلمين فقتله فلا سلب له .

قال أحمد : السلب للقاتل إنما هو في المبارزة لا يكون في الهزيمة . وإن حمل جماعة من المسلمين على واحد فقتلوه فالسلب في الغنيمة ؛ لأنهم لم يغرروا بأنفسهم في قتله ، وإن اشترك في قتله اثنان فظاهر كلام أحمد أن سلبه غنيمة فإنه قال في رواية حرب : له السلب إذا انفرد بقتله .

---

(١) في الأصل: لا يجوز. وهو وهم.

(٢) زيادة من المغني ١٠: ٤٢٢.

وحكى أبو الخطاب عن القاضي أنهما يشتركان في سلبه ؛ لقوله عليه السلام : «من قتل قتيلاً فله سَلَبُه»[1] . وهذا يتناول الواحد والجماعة .

ولأنهما اشتركا في السبب فاشتركا في السلب .

والأول أصح ؛ لأن السلب إنما يستحق بالتغرير في قتله ولا يحصل ذلك بقتل الاثنين فلم يستحق به السلب كما لو قتله جماعة . و لم يبلغنا أن النبي عليه السلام شرّك بين اثنين في سلب .

إذا ثبت هذا فإنه لا يشترط في استحقاق السلب أن تكون المبارزة بإذن الأمير ؛ لأن كل من قضي له بالسلب في عصر النبي ﷺ ليس فيهم من نقل إلينا أنه أذن له في المبارزة مع أن عموم الخبر يقتضي أن استحقاق السلب لكل قاتل إلا من خصه الدليل .

الحكم الخامس : أن السلب لا يخمس . روي ذلك عن سعد بن أبي وقاص ، وبه قال الشافعي .

وقال ابن عباس : يخمس ؛ لعموم قوله تعالى : ﴿واعلموا أنما غنمتم من شيءٍ فأن لله خمسه﴾ [الأنفال : ٤١] .

ولنا ما روى عوف بن مالك وخالد بن الوليد «أن رسول الله ﷺ قضى في السلب للقاتل و لم يخمس السلب»[2] رواه أحمد وأبو داود .

وعموم الأخبار التي ذكرناها ، ولا حجة لأحد مع قول رسول الله ﷺ وما ذكرناه يصلح أن يخصص به عموم الآية .

إذا ثبت هذا فإن السلب من أصل الغنيمة . وقال مالك : يحتسب من خمس الخمس .

ولنا أن النبي ﷺ قضى بالسلب للقاتل مطلقاً و لم ينقل عنه أنه احتسب به من خمس الخمس .

---

(١) سبق تخريجه ص: ٥٠٦.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٢٧٢١) ٣: ٧٢ كتاب الجهاد، باب في السلب لا يخمس. وأخرجه أحمد في مسنده (١٦٣٨١) طبعة إحياء التراث.

ولأنه لو احتسب به من خمس الخمس احتيج إلى معرفة قيمته وقدره و لم ينقل ذلك .

ولأن سببه لا يفتقر إلى اجتهاد الإمام فلم يكن من خمس الخمس كسهم الفارس والراجل .

الحكم السادس : أن القاتل يستحق السلب قال ذلك الإمام أو لم يقل ، وبه قال الأوزاعي والليث والشافعي وإسحاق وأبو عبيد .

وقال أبو حنيفة : لا يستحقه إلا أن يشترطه الإمام له .

وقال مالك : لا يستحقه إلا أن يقول الإمام ذلك ، و لم ير أن يقول الإمام ذلك إلا بعد انقضاء الحرب . وجعلوا السلب هاهنا من جملة الأنفال .

وعن أحمد مثل قولهم وهو اختيار أبي بكر ، واحتجوا بما روى عوف بن مالك «أن مددياً اتبعهم فقتل علجاً فأخذ خالد بعض سلبه وأعطاه بعضه فذكر ذلك لرسول الله ﷺ فقال : لا تعطه يا خالد»[1] رواه أبو داود وسعيد وفيه طول أنا اختصرته .

ولأن النبي عليه السلام دفع سلب أبي قتادة إليه من غير بينة ولا يمين .

ولأن عمر أخذ الخمس من سلب البراء ولو كان حقاً له لم يجز أن يأخذ منه شيئاً .

ووجه الرواية الأولى وهي أصح قول النبي عليه السلام : «من قتل قتيلاً فله سَلَبُه»[2] وهذا من قضايا رسول الله ﷺ المشهورة التي عمل به الخلفاء بعده ،

(١) أخرجه مسلم في صحيحه عن عوف بن مالك . قال: «قتل رجل من حمير رجلاً من العدو فأراد سلبه . فمنعه خالد بن الوليد. وكان والياً عليهم. فأتى رسولَ الله ﷺ عوفُ بن مالك فأخبره . فقال لخالد: ما منعك أن تعطيه سلبه؟ قال: استكثرته يا رسول الله! قال: ادفعه إليه . فمرّ خالد بعوف فجرّ بردائه . ثم قال: هل أنجزتُ لك ما ذكرتُ لك من رسول الله ﷺ؟ فسمعه رسول الله ﷺ فاستغضب . فقال: لا تعطه يا خالد! لا تعطه يا خالد! هل أنتم تاركون لي أمرائي؟ إنما مثلكم ومثلهم كمثل رجل استرعي إبلا أو غنما فرعاها ثم تحيّن سقيها . فأوردها حوضا فشرعت فيه فشربت صَفوه وتركت كدره . فصفوه لكم وكدره عليهم» (١٧٥٣) ٣: ١٣٧٣ كتاب الجهاد والسير، باب استحقاق القاتل سلب القتيل .
وأخرجه أبو داود في سننه (٢٧١٩) ٣: ٧١ كتاب الجهاد، باب في الإمام يمنع القاتل السلب إن رأى والفرس والسلاح من السلب .

(٢) سبق تخريجه ص: ٤٨٣.

وأخبارهم التي احتجوا بها تدل على ذلك فإن عوف بن مالك احتج على خالد حين أخذ سلب المددي فقال له عوف: «أما تعلم أن رسول الله ﷺ قضى بالنفلب للقاتل؟ قال: بلى»[1]. وقول عمر: «إنا كنا لا نخمس السلب»[2] يدل على أن هذه قضية عامة في كل غزوة وحكم مستمر لكل قاتل وإنما أمر النبي عليه السلام خالداً أن لا يرد على المددي عقوبة له حين أغضبه عوف بتقريعه خالداً بين يديه. وقوله: قد أنجزت لك ما ذكرت لك من أمر رسول الله ﷺ.

وأما أبو قتادة فإن خصمه اعترف له به وصدقه فجرى مجرى البينة.

ولأن السلب مأخوذ من الغنيمة بغير تقدير الإمام واجتهاده فلم يفتقر إلى شرطه كالسهم.

إذا ثبت هذا فإن أحمد قال: لا يعجبني أن يأخذ السلب إلا بإذن الإمام وهو قول الأوزاعي؛ لأنه فعل مجتهد فيه فلم ينفذ أمره فيه إلا بإذن الإمام؛ كأخذ سهمه. ويحتمل أن يكون هذا من أحمد على سبيل الاستحباب ليخرج من الخلاف لا على سبيل الإيجاب.

فعلى هذا إن أخذه بغير إذن ترك الفضيلة وله ما أخذه.

مسألة: (**والدابة وما عليها من آلتها من السلب إذا قتل وهو عليها وكذلك ما عليه من الثياب والسلاح وإن كثر، فإن كان معه مال لم يكن من السلب. وقد روي عن أبي عبدالله رضي الله عنه قول آخر: أن الدابة ليست من السلب**).

أما السلب فما كان القتيل لابساً له من ثياب وعمامة وقلنسوة ومنطقة ودرع ومغفر وبيضة وتاج وأسورة وران وخف بما في ذلك من حلية ونحو ذلك؛ لأن المفهوم من السلب اللباس.

---

(١) سيأتي تخريجه ص: ٤٩٠.

(٢) أخرجه عبدالرزاق في مصنفه (٩٤٦٨) ٥: ٢٣٣ كتاب الجهاد، باب السلب والمبارزة.
وأخرجه سعيد بن منصور في سننه (٢٧٠٨) ٢: ٢٦٣ كتاب الجهاد، باب ما يخمس في النفل.
وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦: ٣١٠ كتاب قسم الفيء والغنيمة، باب ما جاء في تخميس السلب.

وكذلك السلاح من السيف والرمح والسكين واللت ونحوه ؛ لأنه يستعين به في قتاله فهو أولى بالأخذ من اللباس .

وكذلك الدابة ؛ لأنه يستعين بها فهي كالسلاح وأبلغ منه ، ولذلك استحق بها زيادة السهمان بخلاف السلاح .

وأما المال الذي معه في كمرانه وخريطته فليس سلب ؛ لأنه ليس من الملبوس ولا مما يستعين به في الحرب ، وكذلك رحله وأثاثه وما ليست يده عليه من ماله ليس من سلبه . وبهذا قال الأوزاعي والشافعي إلا أنه قال : ما لا يحتاج إليه في الحرب كالتاج والسوار والطوق والهميان الذي للنفقة ليس من السلب في أحد القولين ؛ لأنه مما لا يستعان به في الحرب . أشبه المال الذي في خريطته .

ولنا أن في حديث البراء «أنه بارز مُرزُبان الزأرة فقتله فبلغ سواره ومنطقته ثلاثين ألفاً فخمسه عمر ودفعه إليه[1] »[2] .

وفي حديث عمرو بن معد كرب «أنه حمل على أسوار فطعنه فدق صلبه فصرعه ، فنزل إليه فقطع يده وأخذ سوارين كانا عليه ويَلْمَقاً من ديباج وسيفاً ومِنطقة فسلم ذلك له »[3] .

ولأنه ملبوس له أشبه ثيابه .

ولأنه داخل في اسم السلب فأشبه الثياب والمنطقة ويدخل في عموم قوله عليه السلام : «فله سَلَبه »[4] واختلفت الرواية عن أحمد في الدابة فنقل عنه أنها ليست من السلب وهو اختيار أبي بكر ؛ لأن السلب ما كان على يديه والدابة ليست كذلك فلا يدخل في الخبر ، قال : وذكر أبو عبدالله حديث عمرو بن معدي كرب : فأخذ سواريه ومنطقته ولم يذكر فرسه .

---

(١) زيادة من السنن.

(٢) أخرجه عبدالرزاق في مصنفه (٩٤٦٨) ٥: ٢٣٣ كتاب الجهاد، باب السلب والمبارزة .
وأخرجه سعيد بن منصور في سننه (٢٧١٦) ٢: ٢٦٥ كتاب الجهاد، باب ما يخمس في النفل .
وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦: ٣١١ كتاب قسم الفيء والغنيمة، باب ما جاء في تخميس السلب .

(٣) أخرجه سعيد بن منصور في سننه (٢٦٩١) ٢: ٢٥٧ كتاب الجهاد، باب النفل والسلب في الغزو والجهاد .

(٤) سبق تخريجه ص: ٤٨٣.

ولنا ما روى عوف بن مالك قال : «خرجت مع زيد بن حارثة في غزوة مؤتة ورافقني مددي من أهل اليمن فلقينا جموع الروم وفيهم رجل على فرس أشقر عليه سرج مذهب وسلاح مذهب فجعل يفري بالمسلمين وقعد له المددي خلف صخرة فمر به الرومي فعرقب فرسه فعلاه فقتله وحاز فرسه وسلاحه . فلما فتح الله للمسلمين بعث إليه خالد بن الوليد فأخذ من السلب قال عوف : فأتيته فقلت : يا خالد أما علمت أن رسول الله ﷺ قضى بالسلب للقاتل ؟ قال : بلى»[1] رواه الأثرم .

ولأن الفرس يستعان بها في الحرب فأشبهت السلاح وما ذكروه يبطل بالرمح والقوس واللت فإنها من السلب وليست ملبوسة .

إذا ثبت هذا فإن الدابة وما عليها من سرجها ولجامها ورحلها وحلية إن كانت عليها وجميع آلتها من السلب ؛ لأنه تابع لها ويستعان به في الحرب وإنما يكون من السلب إذا كان راكباً عليها وإن كانت في منزله أو مع غيره أو منفلتة لم يكن من السلب كالسلاح الذي ليس معه ، وإن كان راكباً عليها فصرعه عنها أو أشعره عليها ثم قتله بعد نزوله عنها فهي من السلب ، وهذا قول الأوزاعي .

وإن كان ممسكاً بعنانها غير راكب عليها فعن أحمد فيه روايتان :

إحداهما : هي من السلب وهو قول الشافعي ؛ لأنه متمكن من القتال عليها فأشبهت سيفه أو رمحه في يده .

والثانية : ليست من السلب وهو ظاهر كلام الخرقي واختيار الخلال ؛ لأنه ليس براكب عليها فأشبه ما لو كانت مع غلامه ، وإن كان على فرس وفي يده جنيبة لم تكن الجنيبة من السلب ؛ لأنه لا يمكنه ركوبهما معاً .

مسألة : **(ومن أعطاهم الأمان منا ، من رجل ، أو امرأة ، أو عبد ، جاز أمانه)** .

---

(١) سبق تخريجه ص: ٥٠٧.

أما الأمان إذا أعطي أهل الحرب حرم قتلهم ومالهم والتعرض لهم. ويصح من كل مسلم بالغ عاقل مختار، ذكراً كان أو أنثى، حراً كان أو عبداً. وبهذا قال الأوزاعي والشافعي وابن القاسم وأكثر أهل العلم، وروي ذلك عن عمر بن الخطاب.

وقال أبو حنيفة وأبو يوسف: لا يصح أمان العبد إلا أن يكون مأذوناً له في القتال؛ لأنه لا يجب عليه الجهاد فلا يصح أمانه كالصبي.

ولأنه مجلوب من دار الحرب فلا يؤمن أن ينظر لهم في تقديم مصلحتهم.

ولنا ما روى علي عن النبي ﷺ أنه قال: «ذمة المسلمين واحدة يسعى بها أدناهم. فمن أخفر مسلماً فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين، لا يقبل منه صرف ولا عدل»[1] رواه أحمد والبخاري.

وروى فضيل بن يزيد الرقاشي قال: «جهز عمر بن الخطاب جيشاً فكنت فيه. فحصرنا موضعاً فرأينا أنا سنفتحها اليوم، وجعلنا نُقبل ونروح، فبقي عبد منا. فراطنهم وراطنوه. فكتب لهم الأمان في صحيفة وشدّها على سهم ورمى بها إليهم فأخذوها وخرجوا. فكتب بذلك إلى عمر. فقال: العبد المسلم رجل من المسلمين ذمته ذمتهم»[2] رواه سعيد.

ولأنه مكلف فيصح أمانه كالحر. وما ذكروه من التهمة يبطل بما إذا أذن له في القتال فإنه يصح أمانه وبالمرأة فإن أمانها يصح في قولهم جميعاً.

وعن أم هانئ أنها قالت: «يا رسول الله إني أجرت أحمائي وأغلقت عليهم وإن ابن أمي أراد قتلهم فقال لها رسول الله ﷺ: قد أجرنا من أجرت يا أم هانئ إنما يجير على المسلمين أدناهم»[3] رواه سعيد.

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٦٣٧٤) ٦: ٢٤٨٢ كتاب الفرائض، باب إثم من تبرأ من مواليه.
وأخرجه أحمد في مسنده (١٠٤٠) طبعة إحياء التراث.

(٢) أخرجه سعيد بن منصور في سننه (٢٦٠٨) ٢: ٢٣٣ كتاب الجهاد، باب ما جاء في أمان العبد.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه (٣٥٠) ١: ١٤١ أبواب الصلاة في الثياب، باب الصلاة في الثوب الواحد ملتحفاً به.
وأخرجه مسلم في صحيحه (٣٣٦) ١: ٤٩٨ كتاب صلاة المسافرين وقصرها، باب استحباب صلاة الضحى...

⇦

و «أجارت زينب بنت رسول الله ﷺ أبا العاص بن الربيع فأمضاه رسول الله ﷺ»[1] .

فصل

ويصح أمان الإمام لجميع الكفار وآحادهم ؛ لأن ولايته عامة على المسلمين . ويصح أمان الأمير لمن أقيم بإزائه من المشركين وأما في حق غيرهم فهو كآحاد المسلمين ؛ لأن ولايته على قتال أولئك دون غيرهم ويصح أمان آحاد المسلمين للواحد والعشرة والقافلة الصغيرة والحصن الصغير ؛ لأن عمر أجاز أمان العبد لأهل الحصن الذي ذكرنا ولا يصح أمانه لأهل بلدة ورستاق وجمع كثير ؛ لأن ذلك يفضي إلى تعطيل الجهاد والافتيات على الإمام .

مسألة : (**ومن طلب الأمان ليفتح الحصن ففعل فقال كل واحد منهم : أنا المعطي لم يقتل واحد منهم**) .

أما المسلمون إذا حصروا حصناً فناداهم رجل : أمنوني أفتح لكم الحصن جاز أن يعطوه أماناً فإن زياد بن لبيد لما حصر النجير قال الأشعث بن قيس : أعطوني الأمان لعشرة أفتح لكم الحصن ففعلوا . فإن أشكل الذي أعطي الأمان وادعاه كل واحد من أهل الحصن فإن عرف صاحب الأمان عمل على ذلك ، وإن لم يعرف لم يجز قتل واحد منهم ؛ لأن كل واحد منهم يحتمل صدقه وقد اشتبه المباح بالمحرم فيما لا ضرورة إليه فحرم الكل ؛ كما لو اشتبهت ميتة بمذكاة ، أو أخته بأجنبيات ، أو اشتبه زان محصن برجال معصومين . وبهذا قال الشافعي ولا أعلم فيه خلافاً . وفي استرقاقهم وجهان :

أحدهما : يحرم . وذكر القاضي أن أحمد نص عليه وبه قال الشافعي لما ذكرنا في القتل فإن استرقاق من لا يحل استرقاقه محرم .

⇨ وأخرجه سعيد بن منصور في سننه (٢٦١٢) ٢: ٢٣٤ كتاب الجهاد، باب المرأة تجير على القوم .

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٩: ٩٥ كتاب السير ، باب أمان المرأة.

والثاني : يقرع بينهم فيخرج صاحب الأمان بالقرعة ويسترق الباقون . قاله أبو بكر ؛ لأن الحق لواحد منهم غير معلوم فيقرع بينهم كما لو أعتق عبداً من عبيده وأشكل ، ويخالف القتل فإنه إراقة دم يندرئ بالشبهات بخلاف الرق . ولهذا يمتنع القتل في النساء والصبيان دون الاسترقاق .

وقال الأوزاعي : إذا أسلم واحد من أهل الحصن قبل فتحه فأشرف علينا ثم أشكل فادعى كل واحد منهم أنه الذي أسلم : يسعى كل واحد منهم في قيمة نفسه ويترك له عشر قيمته . وقياس مذهبنا : أن فيها وجهين كالتي قبلها .

مسألة : **(ومن دخل إلى أرضهم من الغزاة فارساً فنفق فرسه قبل إحراز الغنيمة فله سهم راجل ومن دخل راجلاً فأحرزت الغنيمة وهو فارس فله سهم الفارس)** .

أما الاعتبار في استحقاق السهم بحالة الإحراز فإن أحرزت الغنيمة وهو راجل فله سهم راجل وإن أحرزت وهو فارس فله سهم الفارس سواء دخل راجلاً أو فارساً .

قال أحمد : أنا أرى كل من شهد الوقعة على أي حالة كان يعطى إن كان فارساً ففارس وإن كان راجلاً فراجل ؛ لأن عمر قال : «الغنيمة لمن شهد الوقعة»[1] وبهذا قال الأوزاعي والشافعي وإسحاق ، ويروى نحو هذا عن ابن عمر ؛ لأن الفرس حيوان يسهم له فاعتبر وجوده حالة القتال فيسهم له مع الوجود فيه ولا يسهم له مع العدم كالآدمي .

والأصل في هذا أن حالة استحقاق السهم حالة تقضي الحرب بدليل قول عمر : «الغنيمة لمن شهد الوقعة»[2] .

ولأنها الحال التي يحصل فيها الاستيلاء الذي هو سبب الملك بخلاف ما قبل ذلك فإن الأموال تحصل في أيدي أصحابها ولا يدرى هل يظفر بهم أو لا .

---

(١) سيأتي تخريجه ص: ٥٠٢.
(٢) مثل السابق.

ولأنه لو مات بعض المسلمين قبل الاستيلاء لم يستحق شيئاً ولو وجد مدد في تلك الحال وانفلت أسير فلحق بالمسلمين أو أسلم كافر فقاتلوا استحقوا السهم فدل على الاعتبار بحالة الإحراز فوجب اعتباره دون غيره .

مسألة : (**ويعطى ثلاثة أسهم ، سهم له وسهمان لفرسه**) .

أكثر أهل العلم على أن الغنيمة تقسم للفارس ثلاثة أسهم ، سهم له وسهمان لفرسه وللراجل سهم . وبهذا قال أكثر أهل العلم منهم مالك ومن تبعه من أهل المدينة والثوري ومن وافقه من أهل العراق والليث ومن تبعه من أهل مصر والشافعي وأحمد وإسحاق وأبو يوسف ومحمد .

وقال أبو حنيفة : للفرس سهم واحد ؛ لما روى مجمع بن حارثة «أن رسول الله ﷺ قسم خيبر على أهل الحديبية فقسمها رسول الله ﷺ ثمانية عشر سهماً وكان الجيش ألفاً وخمسمائة فيهم ثلاثمائة فارس فأعطى الفارس سهمين والراجل سهماً»[1] رواه أحمد وأبو داود .

وفي هذا الحديث وهم ؛ لأنه قال : «وكانوا ثلاثمائة فارس» وإنما كانوا مائتي فارس . كذا ذكره أبو داود .

ولأنه حيوان ذو سهم فلم يزد على سهم كالآدمي .

ولنا ما روى ابن عمر «أن رسول الله ﷺ أسهم يوم خيبر للفارس ثلاثة أسهم : سهمان لفرسه وسهم له»[2] متفق عليه .

وعن ابن عباس «أن رسول الله ﷺ أعطى الفارس ثلاثة أسهم وأعطى الراجل سهما»[3] .

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٣٠١٥) ٣: ١٦٠ كتاب الخراج والإمارة والفيء ، باب ما جاء في حكم أرض خيبر.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٣٩٨٨) ٤: ١٥٤٥ كتاب المغازي، باب غزوة خيبر .
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٧٦٢) ٣: ١٣٨٣ كتاب الجهاد، باب كيفية قسمة الغنيمة بين الحاضرين .

(٣) أخرجه الدارقطني في سننه (١٧) ٤: ١٠٥ كتاب السير.

وقال خالد الحذاء: «لا يُختلف فيه عن النبي عليه السلام أنه أسهم هكذا: للفرس سهمين ولصاحبه سهماً، وللراجل سهماً»[1] رواهما الدارقطني.

وأما حديث مجمع فيحتمل أنه أراد أعطى الفارس سهمين لفرسه وأعطى الراجل سهماً يعني صاحبه فتكون ثلاثة أسهم على أن حديث ابن عمر أصح منه، وقد وافقه حديث ابن عباس وهو أحفظ منه وأعلم، وابن عمر ممن شهد وأخذ السهمان وأخبر عن نفسه أنه أعطي ذلك فلا يعارض ذلك بخبر شاذ تعين غلطه أو حمله على ما يخالف ظاهره. وقياس الفرس على الآدمي لا يصح؛ لأن أثرها في الحرب أكثر وكلفتها أعظم فينبغي أن يكون سهمها أكثر.

مسألة: (**إلا أن يكون فرسُه هَجِيناً فيعطَى سهماً له وسهماً لفرسه**).

الهجين الذي أبوه عربي وأمه برذونة، والمقرف الذي أبوه برذون وأمه عربية.

قالت هند بنت النعمان بن بشير:

وما هندُ إلا مُهرةٌ عربيةٌ سليلةُ أفراس تجلَّلها بغل

فإن ولدت مُهراً كريماً فبالحرَى وإن يكُ إقرافٌ فما أنجبَ الفحل

وأراد الخرقي بالهجين هاهنا ما عدا العربي.

وقد حكي عن أحمد أنه قال: الهجين البرذون واختلفت الرواية عنه في سهمانها فقال الخلال: تواترت الروايات عن أبي عبدالله في سهام البرذون أنه سهم واحد واختاره أبو بكر والخرقي وهو قول الحسن.

قال الخلال: وروي عنه أنه يسهم للبرذون مثل سهم العربي، واختاره الخلال، وبه قال عمر بن عبدالعزيز ومالك والشافعي؛ لأن الله تعالى قال: ﴿والخيل والبغال﴾ [النحل: ٨] وهذه من الخيل.

---

(١) أخرجه الدارقطني في سننه (٢٤) ٤: ١٠٧ كتاب السير.
وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦: ٣٢٧ كتاب قسم الفيء والغنيمة، باب ما جاء في سهم الراجل والفارس.

ولأن الرواة رووا أن النبي عليه السلام أسهم للفرس سهمين ولصاحبه سهماً وهذا عام في كل فرس .

ولأنه حيوان ذو سهم فاستوى فيه العربي وغيره كالآدمي .

وحكى أبو بكر عن أحمد رواية ثالثة : أن البراذين إن أدركت إدراك العرب أسهم لها مثل الفرس العربي وإلا فلا وهذا قول ابن أبي شيبة وأبي خيثمة وأبي أيوب والجوزجاني ؛ لأنها من الخيل وقد عملت عمل العراب فأعطيت سهمها كالعربي .

وحكى القاضي رواية رابعة أنه لا يسهم لها ؛ لأنه حيوان لا يعمل عمل الخيل العراب أشبه البغال . ويحتمل أن تكون هذه الرواية فيما لا يقارب العتاق منها ؛ لما روى الجوزجاني بإسناده عن أبي موسى أنه كتب إلى عمر بن الخطاب : «إنا وجدنا بالعراق خيلاً عِرَاضاً دُكْناً[1] فما ترى يا أمير المؤمنين في سُهمانها ؟ فكتب إليه : تلك البراذين ، فما قاربَ العِتاق منها فاجعل لها سهماً واحداً وألْغِ ما سوى ذلك»[2] .

ووجه الرواية الأولى ؛ ما روى سعيد بإسناده عن أبي الأقمر[3] قال : «أغارت الخيل على الشام فأدركت العراب من يومها وأدركت الكوادن ضحى الغد ، وعلى الخيل رجل من همدان يقال له المنذر بن أبي حميضة . فقال : لا أجعل الذي أدرك من يومه مثل الذي لم يدرك . ففضل الخيل . فقال عمر : هبلت الوادعيَّ أمه أمضوها على ما قال»[4] ، ولم يعرف عن الصحابة خلاف هذا القول .

---

(١) في الأصل: دكاء. والمثبت من المصنف.

(٢) أخرج نحوه عبد الرزاق في مصنفه (٩٣٢٥) ٥: ١٨٧ كتاب الجهاد ، باب السهام للخيل.

(٣) في الأصل: الأرقم . وما أثبتناه من السنن.

(٤) أخرجه سعيد بن منصور في سننه (٢٧٧٢) ٢: ٢٨٠ كتاب الجهاد، باب ما جاء في تفضيل الخيل على البراذين .
وأخرجه عبد الرزاق في مصنفه (٩٣١٣) ٥: ١٨٣ كتاب الجهاد ، باب السهام للخيل.

ولأن نفع العربي وأثره في الحرب أفضل فيكون سهمه أرجح كتفاضل من يرضخ له .

وأما قولهم أنه من الخيل قلنا : والخيل في نفسها تتفاضل فتتفاضل سهمانها .

وأما قولهم أن النبي ﷺ قسم للفرس سهمين من غير تفريق .

قلنا : هذه قضية في عين لا عموم لها فيحتمل أنه لم يكن فيها برذون وهو الظاهر فإنها من خيل العرب ولا براذين فيها .

ويدل على صحة هذا أنهم لما وجدوا البراذين بالعراق أشكل عليهم أمرها وأن عمر فرض لها سهماً واحداً وأمضى ما قال المنذر بن أبي حميضة في تفضيل العراب عليها . ولو كان النبي عليه السلام سوى بينها لم يخف ذلك على عمر ولا خالفه ولو خالفه لم يسكت الصحابة عن إنكاره عليه سيما وابنه هو راوي الخبر فكيف يخفى ذلك؟ ويحتمل أنه فضل العراب أيضاً فلم يذكره الراوي لغلبة العراب وقلة البراذين ويدل على صحة هذا التأويل ما روى مكحول «أن النبي عليه السلام أعطى الفرس العربي سهمين ، والهجين سهماً»[1] . رواه سعيد .

وقياسها على الآدمي لا يصح ؛ لأن العربي لا أثر له في الحرب زيادة على غيره بخلاف العربي من الخيل مع غيره .

مسألة : (**ولا يسهم لأكثر من فرسين**) .

يعني : إذا كان مع الرجل خيل أسهم للفرسين أربعة أسهم ولصاحبه سهم و لم يزد على ذلك .

وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي : لا يسهم لأكثر من فرس واحد ؛ لأنه لا يمكن أن يقاتل على أكثر منها فلم يسهم على ما زاد عليها كالزائد على الفرسين .

ولنا ما روى الأوزاعي «أن رسول الله ﷺ كان يسهم للخيل وكان لا يسهم للرجل فوق فرسين وإن كان معه عشرة أفراس»[2] .

---

(١) أخرجه أبو داود في المراسيل ص: ١٧٠ كتاب الجهاد، باب ما جاء في الجهاد.

(٢) أخرجه سعيد بن منصور في سننه (٢٧٧٤) ٢: ٢٨١ كتاب الجهاد، باب من قال: لا سهم لأكثر من فرسين.

وعن أزهر بن عبدالله «أن عمر كتب إلى أبي عبيدة بن الجراح : أن يسهم للفرس سهمين ، والفرسين أربعة أسهم ، ولصاحبها سهم . فذلك خمسة أسهم . وما كان فوق الفرسين فهي[1] جنائب»[2] رواهما سعيد في سننه .

ولأن به إلى الثاني حاجة . فإن إدامة ركوب واحد يضعف ويمنع القتال عليه . فيسهم له كالأول . بخلاف الثالث فإنه مستغن عنه .

مسألة : (**ومن غزا على بعير وهو لا يقدر على غيره قسم له ولبعيره سهمان**) .

نص أحمد على هذا . وظاهره أنه لا يسهم للبعير مع إمكان الغزو على فرس .

وعن أحمد : أنه يسهم للبعير سهم ولم يشترط عجز صاحبه عن غيره ، وحكي نحو هذا عن الحسن ؛ لأن الله تعالى قال : ﴿فما أَوْجَفْتُم عليه من خيلٍ ولا رِكاب﴾ [الحشر:٦] .

ولأنه حيوان تجوز المسابقة عليه بعوض فيسهم له كالفرس .

يحققه : أن تجويز المسابقة بعوض إنما أبيحت في ثلاثة أشياء دون غيرها ؛ لأنها آلات الجهاد فأبيح أخذ الرهن في المسابقة تحريضاً على رياضتها وتعلم الإتقان فيها ولا يزاد على سهم البرذون ؛ لأنه دونه ولا يسهم له إلا أن يشهد الوقعة عليه ويكون مما يمكن القتال عليه ، وأما هذه الإبل الثقيلة التي لا تصلح إلا للحمل فلا يستحق راكبها شيئاً ؛ لأنها لا تكر ولا تفر فراكبها أدنى حالاً من الراجل ، واختار أبو الخطاب أنه لا سهم له بحال وهو قول أكثر أهل العلم .

قال ابن المنذر : أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم أن من غزا على بعير فله سهم راجل منهم أبو حنيفة وأصحابه ومالك والشافعي وهذا هو الصحيح ؛ لأن النبي عليه السلام لم ينقل عنه أنه أسهم لغير الخيل من البهائم وقد كان معه يوم بدر سبعون بعيراً ولم تخل غزاة من غزواته من الإبل بل هي كانت غالب دوابهم فلم ينقل أنه أسهم لها ولو أسهم لها لنقل وكذلك من بعد النبي ﷺ وخلفائه

(١) في الأصل: فهو . وما أثبتناه من السنن.

(٢) أخرجه سعيد بن منصور في سننه (٢٧٧٥) الموضع السابق.

وغيرهم مع كثرة غزواتهم لم ينقل عن أحد منهم فيما علمناه أنه أسهم لبعير ولو أسهم له لم يخف ذلك .

ولأنه لا يتمكن صاحبه من الكر والفر فلم يسهم له كالبغل والحمار .

وما عدا الخيل والإبل من البغال والحمير والفيلة وغيرها لا سهم له بغير خلاف وإن عظم غناؤها وقامت مقام الخيل ؛ لأن النبي عليه السلام لم يسهم لها ولا أحد من خلفائه .

ولأنها ممن لا تجوز المسابقة عليه بعوض فلم يسهم لها كالبقر .

مسألة : **(ومن مات بعد إحراز الغنيمة قام وارثه مقامه في سهمه)** .

أما إذا مات الغازي أو قتل نظرت فإن كان قبل حيازة الغنيمة فلا سهم له ؛ لأنه مات قبل ثبوت ملك المسلمين عليها ، وسواء مات حال القتال أو قبله وإن مات بعد ذلك فسهمه لورثته .

وقال الشافعي : إن حضر القتال أسهم له ، سواء مات قبل حيازة الغنيمة أو بعدها ، وإن لم يحضرها فلا سهم له . ونحوه قال مالك .

ولنا أنه إذا مات قبل حيازتها فقد مات قبل ملكها وثبوت اليد عليها فلم يستحق شيئاً وإن مات بعده فقد مات بعد الاستيلاء عليها في حال لو قسمت صحت قسمتها وكان له سهمه منها فيجب أن يستحق سهمه فيها كما لو مات بعد إحرازها في دار الإسلام . وإذا ثبت أنه يستحقه فيكون لورثته كسائر أملاكه وحقوقه .

مسألة : **(ويعطى الراجل سهماً)** .

لا خلاف في أن للراجل سهماً وقد جاء عن النبي ﷺ أنه أعطى الراجل سهماً فيما تقدم من الأخبار .

ولأن الراجل يحتاج إلى أقل ما يحتاج إليه الفارس وعناؤه دون عنائه فاقتضى ذلك أن يكون سهمه دون سهمه .

مسألة : **(ويرضخ للمرأة والعبد)** .

معناه: أنهم يعطون شيئاً من الغنيمة دون السهم ولا يسهم لهم سهم كامل ولا تقدير لما يعطونه بل ذلك إلى اجتهاد الإمام فإن رأى التسوية بينهم سوى بينهم[1] وإن رأى التفضيل فضل.

وهذا قول أكثر أهل العلم منهم سعيد بن المسيب ومالك والشافعي، ويروى ذلك عن ابن عباس قال: «لأن النبي ﷺ كان يغزوا بالنساء فيداوين الجرحى ويُحْذَيْنَ من الغنيمة وأما سهم فلم يضرب لهن»[2] رواه مسلم.

وروى سعيد عن يزيد بن هارون «أن نجدة كتب إلى ابن عباس يسأله عن المرأة والمملوك يحضران الفتح ألهما من المغنم شيء؟ قال: يُحذيان وليس لهما شيء»[3].

وفي رواية قال: «ليس لهما سهم وقد يُرضخ لهما»[4].

ولأنهما ليسا من أهل القتال فلم يسهم لهما كالصبي.

مسألة: (**ويُسهم للكافر إذا غزَا معنا**).

اختلفت الرواية في الكافر يغزو مع الإمام بإذنه فروي عن أحمد أنه يسهم له كالمسلم، وبهذا قال الأوزاعي والزهري.

قال الجوزجاني: وهذا مذهب أهل الثغور وأهل العلم بالصوائف والبعوث.

وعن أحمد لا يسهم له، وهو مذهب أبي حنيفة ومالك والشافعي؛ لأنه من غير أهل الجهاد فلم يسهم له كالعبد ولكن يرضخ له.

ووجه الرواية الأولى ما روى الزهري «أن رسول الله ﷺ استعان بناس من اليهود في حربه فأسهم لهم»[5] رواه سعيد في سننه.

---

(١) زيادة من المغني ١٠: ٤٥١.

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه (١٨١٢) ٣: ١٤٤٤ كتاب الجهاد والسير، باب النساء الغازيات يرضخ لهن ولا يسهم...

(٣) أخرجه سعيد بن منصور في سننه (٢٧٨٢) ٢: ٢٨٣ كتاب الجهاد، باب العبد والمرأة يحضران الفتح.

(٤) أخرجه سعيد بن منصور في سننه (٢٧٨٣) الموضع السابق.

(٥) أخرجه سعيد بن منصور في سننه (٢٧٩٠) ٢: ٢٨٤ كتاب الجهاد، باب ما جاء في سهمان النساء.
وأخرجه أبو داود في المراسيل ص: ١٦٧ كتاب الجاهد، باب ما جاء في الجهاد.

وروي «أن صفوان بن أمية خرج مع النبي ﷺ يوم حنين، وهو على شركه، فأسهم له وأعطاه من سهم المؤلفة»[1].

ولأن الكفر نقص في الدين فلم يمنع استحقاق السهم كالفسق. وبهذا فارق العبد فإن نقصه في دنياه وأحكامه. وإن غزا بغير إذن الإمام فلا سهم له؛ لأنه غير مأمون على الدين فهو كالمرجف وشر منه، وإن غزا جماعة من الكفار وحدهم فغنموا فيحتمل أن تكون غنيمتهم لهم لا خمس فيها؛ لأن هذا اكتساب مباح لم يؤخذ على وجه الجهاد فكان لهم لا خمس فيه كالاحتشاش والاحتطاب ويحتمل أن يؤخذ خمسه والباقي لهم؛ لأنه غنيمة قوم من أهل دار الإسلام أشبه غنيمة المسلمين.

فصل

ولا يبلغ بالرضخ للفارس سهم فارس ولا للراجل سهم راجل كما لا يبلغ بالتعزير الحد ويفعل الإمام بين أهل الرضخ ما يرى فيفضل العبد المقاتل وذا البأس على من ليس مثله ويفضل المرأة المقاتلة والتي تسقي الماء وتداوي الجرحى وتنفع على غيرها.

فإن قيل: هلا سويتم بينهم كما سويتم بين أهل السهمان؟

قلنا: السهم منصوص عليه غير موكول إلى اجتهاد الإمام فلم يختلف كالحد. ودية الحر والرضخ غير مقدر بل هو مجتهد فيه مردود إلى اجتهاد الإمام فاختلف كالتعزير وقيمة العبد.

مسألة: **(وإذا غزا العبد على فرس لسيده قسم للفرس فكان لسيده ويرضخ للعبد)**.

أما الرضخ للعبد فلما تقدم.

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (٢٣١٣) ٤: ١٨٠٦ كتاب الفضائل، باب ما سئل رسول الله ﷺ شيئاً فقال: لا. وكثرة عطائه.

وأخرجه الترمذي في جامعه (٦٦٦) ٣: ٥٣ كتاب الزكاة، باب ما جاء في إعطاء المؤلفة قلوبهم.

وأما الفرس الذي تحته فيستحق مالكها سهمان ، فإن كان معه فرسان أو أكثر أسهم لفرسين ويرضخ للعبد نص أحمد على هذا .

وقال أبو حنيفة والشافعي : لا يسهم للفرس ؛ لأنه تحت من لا يسهم له فلا يسهم له كما لو كان تحت مخذل .

ولنا أنه فرس حضر الوقعة وقوتل عليه فاستحق السهم كما لو كان السيد راكبه .

إذا ثبت هذا فإن سهم الفرس ورضخ العبد لسيده ؛ لأنه مالكه ومالك فرسه ، وسواء حضر السيد القتال أو غاب عنه . وفارق فرس المخذل ؛ لأن الفرس له فإذا لم يستحق شيئاً بحضوره فلئلا يستحق بحضور فرسه أولى .

مسألة : (**وإذا أحرزت الغنيمة لم يكن فيها لمن جاءهم مدداً أو هرب من أسر حظ**) .

أما الغنيمة فهي لمن حضر الوقعة ، فمن تجدد بعد ذلك من مدد يلحق بالمسلمين أو أسير ينقلب من الكفار فيلحق بجيش المسلمين أو كافر يسلم فلا حق لهم فيها . وبهذا قال الشافعي ؛ لما روى أبو هريرة «أن أبان بن سعيد بن العاص وأصحابه قدموا على رسول الله ﷺ بخيبر بعد أن فتحها . فقال أبان : اقسم لنا يا رسول الله ! فقال رسول الله ﷺ : اجلس يا أبان . ولم يقسم له رسول الله ﷺ»[1] رواه أبو داود .

وعن طارق بن شهاب «أن أهل البصرة غزوا نهاوند فأمدّهم أهل الكوفة فكتب إلى عمر في ذلك ، فكتب عمر : أن الغنيمة لمن شهد الوقعة»[2] رواه سعيد في سننه .

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٢٧٢٣) ٣: ٧٣ كتاب الجهاد، باب فيمن جاء بعد الغنيمة لا سهم له .

(٢) أخرجه سعيد بن منصور في سننه (٢٧٩١) ٢: ٢٨٥ كتاب الجهاد، باب ما جاء فيمن يأتي بعد الفتح.
وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٩: ٥٠ كتاب السير، باب الغنيمة لمن شهد الوقعة.
وأخرجه الطبراني في الكبير (٨٢٠٣) ٨: ٣٨٥ ، وذكره الهيثمي في مجمع الزوائد وقال: ورجاله رجال الصحيح. ٥: ٣٤٠.

ولأنه مدد لحق بعد تقضي الحرب . أشبه ما لو جاء بعد القسمة أو بعد إحرازها بدار الإسلام .

ولأن سبب ملكها الاستيلاء عليها وقد حصل قبل مجيء المدد .

مسألة : (**ومن بعثه الأمير لمصلحة الجيش فلم يحضر الغنيمة أسهم له**) .

هذا مثل الرسول[1] والدليل والطليعة والجاسوس وأشباههم يبعثون لمصلحة الجيش فإنهم يشاركون الجيش . وبهذا قال أبو بكر بن أبي مريم وراشد بن سعد وعطية بن قيس قالوا : وقد تخلف عثمان يوم بدر فأجرى له رسول الله ﷺ سهماً من الغنيمة .

وروى ابن عمر «أن رسول الله ﷺ قام يعني يوم بدر فقال : إن عثمان انطلق في حاجة الله وحاجة رسوله وإني أُبايع له فضربَ له بسهمه و لم يضرب لأحدٍ غابَ غيره»[2] رواه أبو داود .

وعن ابن عمر قال : «إنما تغيَّبَ عثمان عن بدر ؛ لأنه كانت تحته ابنة رسول الله ﷺ وكانت مريضة فقال له النبي ﷺ : إن لك أجر رجلٍ ممن شهد بدراً وسهمَه»[3] رواه أحمد والبخاري والترمذي وصححه .

ولأنه في مصلحتهم فاستحق سهماً من غنيمتهم كالسرية مع الجيش والجيش مع السرية .

مسألة : (**وإذا سبُوا لم يفرّق بين الوالد وولده ولا بين الوالدة وولدها**) .

أجمع أهل العلم على أن التفريق بين الأم وولدها الطفل غير جائز . وبه قال مالك في أهل المدينة ، والأوزاعي في أهل الشام ، والليث في أهل مصر وأبو ثور وأصحابه والشافعي .

---

(١) في الأصل: هذا مثل قول الرسول عليه السلام. وهو سهو من الناسخ.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٢٧٢٦) ٣: ٧٤ كتاب الجهاد، باب فيمن جاء بعد الغنيمة لا سهم له .

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٩٦٢) ٣: ١١٣٩ أبواب الخمس ، باب إذا بعث الإمام رسولاً في حاجة...
وأخرجه الترمذي في جامعه (٣٧٠٦) ٥: ٦٢٩ كتاب المناقب ، باب في مناقب عثمان بن عفان رضي الله عنه.
وأخرجه أحمد في مسنده (٥٧٣٨) طبعة إحياء التراث.

والأصل فيه ما روى أبو أيوب قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : «من فرّق بين والدةٍ وولدِها فرّق الله بينه وبين أحبّتِه يوم القيامة»[١] رواه أحمد والترمذي ، وقال : حديث حسن غريب .

وقال عليه السلام : «لا توله والدة عن ولدها»[٢] .

قال أحمد : لا يفرق بين الأم وولدها وإن رضيت . وذلك لما فيه من الإضرار بالولد .

ولأن المرأة قد ترضى بما فيه ضررها ثم يتغير قلبها بعد ذلك فتندم .

ولا يجوز التفريق بين الأب وولده . وهذا قول أبي حنيفة وأصحابه والشافعي ؛ لأنه أحد الأبوين أشبه الأم .

وظاهر كلام الخرقي : أنه لا فرق بين كون الولد كبيراً بالغاً أو طفلاً وهذا إحدى الروايتين عن أحمد ؛ لعموم الخبر .

ولأن الوالدة تتضرر بمفارقة ولدها الكبير ولهذا حرم عليه الجهاد بدون إذنهما .

والرواية الثانية : يختص تحريم التفريق بالصغير وهو قول أكثر أهل العلم منهم الأوزاعي ومالك والليث وهو قول للشافعي ؛ «لأن سلمة بن الأكوع أتى بامرأة وابنتها فنفله أبو بكر ابنتها فاستوهبها منه النبي عليه السلام فوهبها له»[٣] ولم ينكر التفريق بينهما .

ولأن النبي عليه السلام أهديت إليه مارية وأختها سيرين فأمسك مارية ووهب سيرين لحسان بن ثابت .

ولأن الأحرار يتفرقون بعد الكبر ؛ لأن المرأة تزوج ابنتها فالعبيد أولى . وبما ذكرنا يخصص حديث النهي واختلفوا في حد الكبر الذي يجوز التفريق معه فروي

---

(١) أخرجه الترمذي في جامعه (١٥٦٦) ٤: ١٣٤ كتاب السير، باب في كراهية التفريق بين السبي. وأخرجه أحمد في مسنده (٢٣٠٠٢) طبعة إحياء التراث.

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٨: ٥ كتاب النفقات ، باب الأم تتزوج فيسقط حقها من حضانة الولد وينتقل إلى جدته.

(٣) سبق تخريجه ص: ٥٠٤.

عن أحمد يجوز التفريق بينهما إذا بلغ الولد وهو قول أبي حنيفة وأصحابه وقول للشافعي .

وقال مالك : إذا أثغر .

وقال الأوزاعي والليث : إذا استغنى عن أمه ونفع نفسه .

وقال الشافعي في أحد قوليه : إذا صار له سبع سنين أو ثمان سنين .

وقال أبو ثور : إذا كان يلبس وحده ؛ لأنه إذا كان كذلك استغنى عن أمه ولذلك خير الغلام بين أبيه وأمه إذا صار كذلك .

ولأنه جاز التفريق بينهما بتخييره فجاز بيعه وقسمته .

ولنا ما روى عبادة بن الصامت أن رسول الله ﷺ قال : « لا يفرق بين الوالدة وولدها فقيل : إلى متى ؟ قال : حتى يبلغ الغلام وتحيض الجارية »[1] .

ولأن ما دون البلوغ مولى عليه أشبه الطفل .

وإن فرق بينهما بالبيع فالبيع فاسد وبه قال الشافعي ؛ لما روى أبو داود في سننه عن علي « أنه فرّق بين الأم وولدها فنهاه رسول الله ﷺ عن ذلك وردَّ البيع »[2] .

مسألة : (**والجد في ذلك كالأب والجدة فيه كالأم**) .

أما الجد والجدة في تحريم التفريق بينهما وبين ولد ولدهما فكالأبوين ؛ لأن الجد أب والجدة أم ولذلك يقومان مقام الأبوين في استحقاق الحضانة والميراث والنفقة فقاما مقامهما في تحريم التفريق ويستوي في ذلك الجد والجدة من قبل الأب والأم ؛ لأن للجميع ولادة ومحرمية فاستووا في ذلك كاستوائهم في منع شهادة بعضهم لبعض .

مسألة : (**ولا يفرق بين أخوين ولا أختين**) .

يحرم التفريق بين الإخوة في القسمة والبيع وبهذا قال أبو حنيفة وأصحابه .

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٩: ١٢٨ كتاب السير، باب الوقت الذي يجوز فيه التفريق .

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٢٦٩٦) ٣: ٦٣ كتاب الجهاد، باب في التفريق بين السبي.

وقال مالك والشافعي : يجوز ؛ لأنها قرابة لا تمنع قبول الشهادة فلم يحرم التفريق كقرابة ابن العم .

ولنا ما روى علي قال : «وهَب لي رسول الله ﷺ غلامين أخوين . فبعت أحدهما . فقال لي رسول الله ﷺ : ما فعل غُلامك الآخر ؟ فأخبرته . فقال : رُدَّهُ رُدَّه»[1] رواه الترمذي ، وقال : حديث حسن غريب .

ولأنه ذو رحم محرم فلم يجز التفريق بينهما كالولد والوالد .

ويجوز التفريق بين سائر القرابات في ظاهر كلام الخرقي . وقال غيره من أصحابنا : لا يجوز التفريق بين ذوي رحم محرم كالعمة مع ابن أخيها والخالة مع ابن أختها[2] لما ذكرنا من القياس .

ووجه قول الخرقي : أن الأصل حل البيع والتفريق ، ولا يصح القياس على الإخوة ؛ لأنهم أقرب ولذلك يحجبون غيرهم عن الميراث فيبقى فيما عداهم على مقتضى الأصل .

وأما من ليس بينهما رحم محرم فلا يمنع من التفريق بينهم عند أحد علمناه لعدم النص فيهم وامتناع القياس على المنصوص وكذلك يجوز التفريق بين الأم من الرضاع وولدها ، والأخت وأختها لذلك .

ولأن قرابة الرضاع لا توجب عتق أحدهما على صاحبه ولا نفقة ولا ميراثاً . فلم يمنع التفريق كالصداقة .

مسألة : **(ومن اشترى منهم وهم مجتمعون فتبين أن لا نسب بينهم رد إلى المقسم الفضل الذي فيه بالتفريق)** .

أما من اشترى من المغنم اثنين أو أكثر أو حسبوا عليه بنصيبه بناء على أنهم أقارب يحرم التفريق بينهم فبان أنه لا نسب بينهم وجب عليه رد الفضل الذي فيهم على المغنم ؛ لأن قيمتهم تزيد بذلك فإن من اشترى اثنين بناء على أن

---

(١) أخرجه الترمذي في جامعه (١٢٨٤) ٣: ٤٩٢ كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهية الفرق بين الأخوين أو بين الوالدة .

(٢) في الأصل: وابن أخيها. وما أثبتناه من المغني ١٠: ٤٧٠.

إحداهما أم الأخرى لا يحل له الجمع بينهما في الوطء ولا بيع إحداهما دون الأخرى فكانت قيمتهما قليلة لذلك ، فإذا بان أن إحداهما أجنبية أبيح له وطؤهما وبيع إحداهما فتكثر قيمتهما فيجب رد الفضل كما لو اشتراهما فوجد معهما حلياً أو ذهباً [فتكثر قيمتهما][1] وكما لو أخذ دراهم فبانت أكثر مما حسب عليه .

مسألة : **(ومن سبي من أطفالهم منفرداً أو مع أحد أبويه فهو مسلم ، ومن سبي مع أبويه فهو على دينهما)** .

أما إذا سبي من لم يبلغ من أولاد الكفار صار رقيقاً ولا يخلوا من ثلاثة أحوال :

أحدها : أن يسبى منفرداً عن أبويه فهذا يصير مسلماً إجماعاً ؛ لأن الدين إنما يثبت له تبعاً وقد انقطعت تبعيته لأبويه لانقطاعه عنهما وإخراجه عن دارهما ومصيره إلى دار الإسلام تبعاً لسابيه المسلم فكان تابعاً له في دينه .

الثاني : أن يسبى مع أحد أبويه فإنه يحكم بإسلامه أيضاً وبهذا قال الأوزاعي .

وقال أبو حنيفة والشافعي : يكون تابعاً لأبيه في الكفر ؛ لأنه لم ينفرد عن أحد أبويه فلم يحكم بإسلامه كما لو سبي معهما .

وقال مالك : إن سبي مع أبيه تبعه ؛ لأن الولد يتبع أباه في الدين كما يتبعه في النسب وإن سبي مع أمه فهو مسلم ؛ لأنه لا يتبعها في النسب فكذلك في الدين .

ولنا قول النبي ﷺ : «كل مولودٍ يولد على الفطرة . فأبواه يُهوّدانه أو يُنصّرانه أو يُمجّسانه»[2] .

فمفهومه : أنه لا يتبع أحدهما ؛ لأن الحكم متى علق بشيئين لا يثبت بأحدهما .

---

(١) زيادة من المغني ١٠: ٤٧٢.

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه (٢٦٥٨) ٤: ٢٠٤٧ كتاب القدر، باب معنى كل مولود يولد على الفطرة .

ولأن المسبي يتبع سابيه منفرداً فيتبعه مع أحد أبويه قياساً على ما لو أسلم أحد الأبوين، يحققه أن كل شخص غلب حكم إسلامه منفرداً غلب مع أحد الأبوين كالمسلم من الأبوين.

الثالث: أن يسبى مع أبويه فإنه يكون على دينهما، وبهذا قال أبو حنيفة ومالك والشافعي.

وقال الأوزاعي: يكون مسلماً؛ لأن السابي أحق به لكونه ملكه بالسبي وزالت ولاية أبويه عنه وانقطع ميراثهما منه فكان أولى به منهما.

ولنا قوله عليه السلام: «فأبواه يُهوّدانه ويُنصّرانه ويُمجّسانه» وهما معه وملك السابي له لا يمنع اتباعه لأبويه بدليل ما لو ولد في ملكه من عبده وأمته الكافرين.

مسألة: **(وما أخذه أهل الحرب من أموال المسلمين وعبيدهم فأدركه صاحبه قبل قسمه فهو أحق به فإن أدركه مقسوماً فهو أحق به بالثمن الذي ابتاعه من المغنم في إحدى الروايتين، والرواية الأخرى إذا قسم فلا حق له فيه بحال)**.

يعني: إذا أخذ الكفار أموال المسلمين ثم قهرهم المسلمون فأخذوها منهم فإن علم صاحبها قبل قسمها ردت إليه بغير شيء في قول عامة أهل العلم منهم عمر وعطاء والنخعي، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه ومالك والشافعي.

وقال الزهري: لا يرد إليه وهو للجيش؛ لأن الكفار ملكوه باستيلائهم فصار غنيمة كسائر أموالهم.

ولنا ما روى ابن عمر «أن غلاماً له أبق إلى العدو، فظهر عليه المسلمون، فرده رسول الله ﷺ إلى ابن عمر، ولم يُقسم»[1].

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٩٠٣) ٣: ١١١٦ كتاب الجهاد والسير، باب: إذا غنم المشركون مال المسلم ثم وجده المسلم.
وأخرجه أبو داود في سننه (٢٦٩٨) ٣: ٦٤ كتاب الجهاد، باب في المال يصيبه العدو من المسلمين...
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٨٤٧) ٢: ٩٤٩ كتاب الجهاد، باب ما أحرز العدو ثم ظهر عليه المسلمون.

وفي رواية: «أن فرساً له ذهب فأخذه العدو، فظهر عليه المسلمون فرد عليه في زمن النبي عليه السلام»[1] رواهما البخاري وأبو داود وابن ماجة.

وأما ما أدركه بعد أن قسم ففيه روايتان:

إحداهما: أن صاحبه أحق به بالثمن الذي حسب به على من أخذه وكذلك إن بيع ثم قسم ثمنه فهو أحق به بالثمن، وهذا قول الأوزاعي وأبي حنيفة ومالك؛ لما روى ابن عباس «أن رجلاً وَجد بعيراً له كان المشركون أصابوه. فقال له النبي ﷺ: إن أصبته قبل أن يقسم فهو لك، وإن أصبته بعد القسمة أخذته بالقيمة»[2].

ولأنه إنما امتنع أخذه له بغير شيء كيلا يفضي إلى حرمان آخذه من الغنيمة، أو تضييع الثمن على المشتري. وحقهما ينجبر بالثمن. فيرجع صاحب المال في عين ماله بمنزلة مشتري الشقص المشفوع، إلا أن المحكي عن أبي حنيفة ومالك أنه يأخذه بالقيمة وعن مجاهد مثله[3].

والرواية الثانية عن أحمد: أنه إذا قسم فلا حق له فيه بحال نص عليه أحمد في رواية أبي داود وغيره وهو قول عمر وعلي وعطاء والليث.

قال أحمد: أما قول من قال: هو أحق به بالقيمة فهو قول ضعيف عن مجاهد.

ووجه هذه الرواية ما روي «أن عمر كتب إلى السائب: أيما رجل من المسلمين أصاب رقيقه ومتاعه بعينه فهو أحق به من غيره، وإن أصابه في أيدي التجار بعدما اقتسم فلا سبيل له إليه»[4].

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٩٠٤) ٣: ١١١٦ كتاب الجهاد والسير، باب: إذا غنم المشركون مال المسلم ثم وجده المسلم.
وأخرجه أبو داود في سننه (٢٦٩٩) ٣: ٦٤ كتاب الجهاد، باب في المال يصيبه العدو من المسلمين...
وأخرجه ابن ماجة في الموضع السابق.

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٩: ١١١ كتاب السير، باب من فرق بين وجوده قبل القسم وبين وجوده بعده...

(٣) زيادة من المغني ١٠: ٤٧٩.

(٤) أخرجه سعيد بن منصور في سننه (٢٨٠٣) ٢: ٢٨٨ كتاب الجهاد، باب ما أحرزه المشركون من المسلمين ثم يفيئه الله على المسلمين.

وقال سلمان بن ربيعة : إذا قسم فلا حق له فيه . رواهما سعيد في سننه .

ولأنه إجماع .

قال أحمد : إنما قال الناس فيها قولين : إذا اقتسم فلا شيء له وقال قوم : إذا قسم فهو له بالثمن فأما أن يكون له بعد القسمة بغير ذلك فلم يقله أحد . ومتى ما انقسم أهل العصر على قولين في حكم لم يجز إحداث قول ثالث ؛ لأنه يخالف الإجماع فلم يجز المصير إليه ، وقد روى أصحابنا عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال : «من أدرك ماله قبل أن يُقسم فهو له ، وإن أدركه بعد أن قسم فليس له فيه شيء»[1] .

فصل

ولا أعلم خلافاً في أن الكافر الحربي إذا أسلم أو دخل إلينا بأمان بعد أن استولى على مال مسلم فأتلفه أنه لا يلزمه ضمانه وإن أسلم وهو في يده فهو له بغير خلاف في المذهب ؛ لقول رسول الله ﷺ : «من أسلم على شيء فهو له»[2] وإن كان أخذه من المستولى عليه نهبة أو سرقة أو شراء فكذلك ؛ لأنه استولى عليه في حال كفره فأشبه ما استولى عليه بقهره للمسلم .

وعن أحمد أن صاحبه يكون أحق به بالقيمة وإن استولى على جارية مسلم فاستولدها ثم أسلم فهي له وهي أم ولد له نص عليه أحمد ؛ لأنها مال فأشبهت سائر الأموال وإن غنمها المسلمون وأولادها قبل إسلام سابيها فعلم صاحبها ردت إليه وكان أولادها غنيمة ؛ لأنهم أولاد كافر حدثوا بعد ملك الكافر لها .

مسألة : (**ومن قطع من مواتهم حجراً أو عوداً أو صاد حوتاً أو ظبياً رده على سائر الجيش إذا استغنى عن أكله والمنفعة به**) .

---

(١) ذكره الهيثمي في مجمع الزوائد وعزاه إلى الطبراني في الأوسط وقال: فيه ياسين الزيات وهو ضعيف. ٦: ٢ كتاب الجهاد، باب فيمن غلب العدو على ماله ثم وجده.

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٩: ١١٣ كتاب السير، باب من أسلم على شيء فهو له.

يعني: إذا أخذ شيئاً له قيمة من دار الحرب فالمسلمون شركاؤه فيه وبه قال أبو حنيفة. وقال الشافعي: ينفرد آخذه بملكه؛ لأنه لو أخذه من دار الإسلام ملكه فإذا أخذه من دار الحرب ملكه كالشيء التافه.

ولنا: أنه مال ذو قيمة مأخوذ من أرض الحرب بظهر المسلمين فكان غنيمة كالمطعومات. وفارق ما أخذه من دار الإسلام؛ لأنه لا يحتاج إلى الجيش في أخذه.

وأما إن احتاج إلى أكله والانتفاع به فله ذلك ولا يرده؛ لأنه لو وجد طعاماً مملوكاً للكفار كان له أكله إذا احتاج إليه فما أخذ من الصيود المباحات أولى.

مسألة: (**ومن تعلف فضلاً عما يحتاج إليه رده على المسلمين فإن باعه رد ثمنه في المقسم**).

أجمع أهل العلم إلا من شذ منهم على أن للغزاة إذا دخلوا أرض الحرب أن يأكلوا ما وجدوا من الطعام ويعلفوا دوابهم من أعلافهم، منهم أبو حنيفة وأصحابه ومالك والشافعي.

وقال الزهري: لا يؤخذ إلا بإذن الإمام.

ولنا ما روى عبد الله بن أبي أوفى قال: «أصبنا طعاماً يوم خيبر، فكان الرجل يأخذ منه مقدار ما يكفيه، ثم ينصرف»[1] رواه أبو داود.

وروي: «أن صاحب جيش الشام كتب إلى عمر: إنا أصبنا أرضاً كثيرة الطعام والعلف. وكرهت أن أتقدم في شيء من ذلك. فكتب إليه: دع الناس يعلفون ويأكلون. فمن باع منهم شيئاً بذهب أو فضة ففيه خمس الله وسهام المسلمين»[2] رواه سعيد.

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٢٧٠٤) ٣: ٦٦ كتاب الجهاد، باب في النهي عن النهبى ...

(٢) أخرجه سعيد بن منصور في سننه (٢٧٥٠) ٢: ٢٧٤ كتاب الجهاد، باب ما بيع من متاع العدو من ذهب أو فضة. وما بين الأقواس زيادة من السنن.

وعن عبدالله بن مغفل قال : «أصبتُ جِراباً من شحم يوم خيبر فالتزمته وقلت : لا أعطي اليوم أحداً من هذا شيئاً فإذا رسول الله ﷺ مُتبسِّماً»[1] رواه أحمد ومسلم وأبو داود والنسائي .

ولأن الحاجة تدعوا إلى هذا وفي المنع منه مضرة بالجيش وبدوابهم فإنه يعسر عليهم نقل الطعام والعلف من دار الإسلام ولا يجدون بدار الحرب ما يشترونه ولو وجدوه لم يجدوا ثمنه ولا يمكن قسمة ما أخذه الواحد منهم ولو قسم لم يحصل للواحد منهم شيء ينتفع به ولا يدفع به حاجته فأباح الله لهم ذلك ، فمن أخذ من الطعام شيئاً مما يقتات أو يصلح به القوت من الأدم[2] وغيره أو العلف لدابته فهو أحق به ، سواء كان له ما يستغني به عنه أو لم يكن ، ويكون أحق بما يأخذه من غيره فإن فضل منه ما لا حاجة به إليه رده على المسلمين ؛ لأنه إنما أبيح له ما يحتاج إليه ، وإن أعطاه أحد من أهل الجيش ما يحتاج إليه جاز له أخذه وصار أحق به من غيره ، وإن باع شيئاً من الطعام أو العلف رد عنه في الغنيمة ؛ لما ذكرنا من حديث عمر .

وقال القاضي : لا يخلو إما أن يبيعه من غاز أو غيره فإن باعه لغيره فالبيع باطل ؛ لأنه يبيع مال الغنيمة بغير ولاية ولا نيابة فيجب رد المبيع ونقض البيع ، فإن تعذر رده رد قيمته أو ثمنه إن كان أكثر من قيمته إلى المغنم .

وعلى هذا الوجه حمل كلام الخرقي ، وإن باعه لغاز لم يخل إما أن يبدله بطعام أو علف مما له الانتفاع به أو بغيره ، فإن باعه بمثله فليس هذا بيعاً في الحقيقة إنما سلم إليه مباحاً وأخذ مثله مباحاً ولكل واحد منهما الانتفاع بما أخذه وصار أحق به لثبوت يده عليه .

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (١٧٧٢) ٣: ١٣٩٣ كتاب الجهاد والسير ، باب جواز الأكل من طعام الغنيمة في دار الحرب.
وأخرجه أبو داود في سننه (٢٧٠٢) ٣: ٦٥ كتاب الجهاد ، باب في إباحة الطعام في أرض العدو.
وأخرجه النسائي في سننه (٤٤٣٥) ٧: ٢٣٦ كتاب الضحايا ، باب ذبائح اليهود.
وأخرجه أحمد في مسنده (١٦٣٤٩) طبعة إحياء التراث.

(٢) في الأصل: الأدوية. وما أثبتناه من المغني ١٠: ٤٨٨.

فعلى هذا لو باع صاعاً بصاعين أو افترقا قبل القبض جاز ؛ لأنه ليس ببيع ، وإن باعه نسيئة أو أقرضه إياه فأخذه فهو[1] أحق به ولا يلزمه إيفاؤه فإن وفاه أو رده إليه عادت اليد إليه ، وإن باعه بغير الطعام والعلف فالبيع أيضاً فاسد ويصير المشتري أحق به لثبوت يده عليه ولا ثمن عليه وإن أخذ منه وجب رده عليه .

مسألة : **(ويُشارك الجيش سراياه فيما غنمت ، ويُشاركونه فيما غنم)** .

أما الجيش إذا فضل غازياً فخرجت منه سرية أو أكثر فأيهما غنم شاركه الآخر في قول عامة أهل العلم منهم أبو حنيفة وأصحابه ومالك والشافعي .

وقال النخعي : إن شاء الإمام خمس ما تأتي به السرية وإن شاء نفلهم إياه كله ، فقد روي «أن النبي عليه السلام لما غزا هوازن بعث سرية من الجيش قِبَل أوطاس فغنمت السرية فأشرك بينها وبين الجيش»[2] .

قال ابن المنذر : روي أن النبي عليه السلام قال : «ويرد سراياهم على قَعَدِهم»[3] .

و «في تنفيل النبي عليه السلام في البدأة الربع ، وفي الرجعة الثلث»[4] : دليل على اشتراكهم فيما سوى ذلك ؛ لأنهم لو اختصوا بما غنموه لما كان ثلثه نفلاً .

ولأنهم جيش واحد فكان كل واحد منهم ردء لصاحبه . فيشتركون ؛ كما لو غنم أحد جانبي الجيش .

وإن أقام الأمير ببلد الإسلام وبعث سرية أو جيشاً فما غنمت السرية فهو لها وحدها ؛ لأنه إنما يشترك المجاهدون والمقيم في بلد الإسلام ليس بمجاهد وإن نفذ من بلد الإسلام جيشين أو سريتين فكل واحد ينفرد بما غنمه ؛ لأن كل واحدة منهما[5] انفردت بالغزو فانفردت بالغنيمة . بخلاف ما إذا فصل الجيش فدخل بجملته بلاد الكفار فإن جميعهم اشتركوا في الجهاد فاشتركوا في الغنيمة .

---

(١) زيادة من المغني ١٠: ٤٨٩.

(٢) حديث غزوة أوطاس أخرجه البخاري في صحيحه (٤٠٦٨) ٤: ١٥٧١ كتاب المغازي ، باب غزوة أوطاس.

(٣) أخرجه أحمد في مسنده (٦٦٩٢) ٢: ١٨٠. عن عبدالله بن عمرو.

(٤) سبق تخريجه ص: ٤٨٠.

(٥) زيادة من المغني ١٠: ٤٩٤.

مسألة : **(ومن فضل معه من الطعام فأدخله البلد طرحه في مقسم تلك الغزاة في إحدى الروايتين ، والرواية الأخرى يباح له أكله إذا كان يسيراً)** .

أما الكثير فيجب رده بغير خلاف نعلمه ؛ لأن ما كان مباحاً له في دار الحرب فإذا أخذه على وجه يفضل منه كثير إلى دار الإسلام فقد أخذ ما لا يحتاج إليه فيلزمه رده ؛ لأن الأصل تحريمه لكونه مشتركاً بين الغانمين كسائر المال وإنما أبيح منه ما دعت الحاجة إليه فما زاد يبقى على أصل التحريم ولهذا لم يبح له بيعه وأما اليسير ففيه روايتان :

إحداهما : يجب رده أيضاً وهو اختيار أبي بكر وقول أبي حنيفة وأحد قولي الشافعي لما ذكرنا في الكثير .

ولأن النبي عليه السلام قال : «أدُّوا الخَيْطَ والمِخْيَط»[1] .

ولأنه من الغنيمة ولم يقسم فلم يبح في دار الإسلام كالكثير أو كما لو أخذه في دار الإسلام .

والثانية : يباح وهو قول الأوزاعي ومالك .

قال أحمد : أهل الشام يتساهلون في هذا .

قال الأوزاعي : أدركت الناس يقدمون بالقديد فيهديه بعضهم إلى بعض لا ينكره إمام ولا عامل ولا جماعة وهذا نقل للإجماع .

ولأنه أبيح إمساكه عن القسمة فأبيح في دار الإسلام كمباحات دار الحرب التي لا قيمة لها فيها ويفارق الكثير فإنه لا يجوز إمساكه عن القسمة .

ولأن اليسير تجري المسامحة فيه ونفعه قليل بخلاف الكثير .

مسألة : **(وإذا اشترى المسلم أسيراً من أيدي العدو لزم الأسير أن يؤدي إلى المشتري ما اشتراه به)** .

لا يخلو هذا من حالين :

---

(١) أخرجه ابن ماجة في سننه (٢٨٥٠) ٢: ٩٥٠ كتاب الجهاد ، باب الغلول.
وأخرجه أحمد في مسنده (٢٢٢٠٧) طبعة إحياء التراث.

أحدهما : أن يشتريه بإذنه ضامناً له العوض فهذا يلزمه أن يؤدي إلى المشتري ما أداه فيه بغير خلاف نعلمه إذا وزن بإذنه ؛ لأنه إذا أذن فيه كان نائبه في شراء نفسه فكان الثمن على الآمر كالوكيل .

والثاني : أن يشتريه بغير إذنه فيلزم الأسير الثمن أيضاً عند أحمد وبه قال الحسن والزهري ومالك .

وعن أحمد : لا يلزمه ؛ لأنه تبرع بما لا يلزمه ولم يؤذن له فيه أشبه ما لو عمر داره .

ووجه الرواية الأولى وهي أصح ؛ ما روى سعيد بإسناده عن الشعبي قال : «أغار أهل ماه وأهل جلولاء على العرب . فأصابوا سبايا من سبايا العرب . فكتب السائب بن الأقرع إلى عمر في سبايا المسلمين ومتاعهم ورقيقهم قد اشتراه التجار من أهل ماه . فكتب عمر : أيما رجل أصاب رقيقه ومتاعه بعينه فهو أحق به من غيره ، فإن أصابه في أيدي التجار بعدما اقتسم فلا سبيل إليه ، وأيما حر اشتراه التجار فإنه يرد إليهم رؤوس أموالهم . فإن الحر لا يباع ولا يشترى»[1] . فحكم للتجار برؤوس أموالهم .

ولأن الأسير يجب عليه فداء نفسه ليتخلص من أسر الكفار والخروج من تحت أيديهم . فإذا ناب عنه غيره في ذلك وجب عليه قضاؤه ؛ كما لو قضى الحاكم عنه حقاً امتنع من أدائه .

فإن اختلفا في قدر ما اشتراه فالقول قول الأسير ، وبه قال الشافعي إذا أذن له .

وقال الأوزاعي : القول قول المشتري ؛ لأنهما اختلفا في فعله وهو أعلم بفعله .

ولنا أن الأسير منكر للزيادة والقول قول المنكر ؛ لأن الأصل براءة ذمته من هذه الزيادة فيترجح قوله بالأصل .

---

(١) أخرجه سعيد بن منصور في سننه (٢٨٠٣) ٢: ٢٨٨ كتاب الجهاد، باب ما أحرزه المشركون من المسلمين ثم يفيئه الله على المسلمين.

مسألة : **(وإذا سبى المشركون من يؤدي إلينا الجزية ثم قدر عليهم ردوا إلى ما كانوا عليه ولم يسترقوا ، وما أخذه العدو منهم من مال أو رقيق رد إليهم إذا علم به قبل أن يقسم ويفادى بهم بعد أن يفادى بالمسلمين)** .

أما أهل الحرب إذا استولوا على أهل ذمتنا فسبوهم وأخذوا أموالهم ثم قدر عليهم فإنه يجب ردهم إلى ذمتهم و لم يجز استرقاقهم في قول عامة أهل العلم منهم الأوزاعي ومالك والشافعي ولا نعلم لهم مخالفاً وذلك لأن ذمتهم باقية و لم يوجد منهم ما يوجب نقضها وحكم وحكم أموالهم حكم أموال المسلمين في حرمتها . قال علي : إنما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا وأموالهم كأموالنا فمتى علم صاحبها قبل قسمها وجب ردها إليه فإن علم به بعد القسم فعلى الروايتين :

إحداهما : لا حق له فيه .

والثانية : هو له بثمنه ؛ لأن أموالهم معصومة كأموال المسلمين . وأما فداؤهم فظاهر كلام الخرقي أنه يجب فداؤهم ، سواء كانوا في معونتنا أو لم يكونوا وهذا قول عمر بن عبدالعزيز والليث ؛ لأننا التزمنا حفظهم بمعاهدتهم وأخذ جزيتهم فلزمنا القتال من ورائهم والقيام دونهم فإذا عجزنا عن ذلك وأمكننا تخليصهم لزمنا ذلك كمن يحرم عليه إتلاف شيء فإذا أتلفه غرمه .

وقال القاضي : إنما يجب فداؤهم إذا استعان بهم الإمام في قتاله فسبوا وجب عليه فداؤهم ؛ لأن أسرهم كان لمعنى من جهته وهو المنصوص عن أحمد ومتى وجب فداؤهم فإنه يبدأ بفداء المسلمين قبلهم ؛ لأن حرمة المسلم أعظم والخوف عليه أشد وهو معرض لفتنته عن دين الحق بخلاف أهل الذمة .

مسألة : **(وإذا حاز[1] الأمير المغانم ووكل بها من يحفظها لم يجز أن يؤكل منها إلا أن تدعوا الضرورة بأن لا يجدوا[2] ما يأكلون)** .

أما المغانم إذا جمعت وفيها طعام أو علف لم يجز لأحد أخذه إلا لضرورة ؛ لأنا إنما أبحنا أخذه قبل جمعه ؛ لأنه لم يثبت فيه ملك المسلمين بعد أشبه المباحات

---

(١) في الأصل: حاء. وما أثبتناه من المغني ١٠: ٤٩٨.

(٢) في الأصل: يجدون. وما أثبتناه من شرح الزركشي ٤: ١٨١.

من الحطب والحشيش فإذا حيزت المغانم ثبت ملك المسلمين فيها فخرجت عن حيز المباحات وصارت كسائر أملاكهم فلم يجز الأكل منها إلا لضرورة وهو أن لا يجدوا ما يأكلونه فحينئذ يجوز ؛ لأن حفظ نفوسهم ودوابهم أهم ، وسواء حيزت في دار الحرب أو في دار الإسلام .

وقال القاضي : ما كانت في دار الحرب جاز الأكل منها وإن حيزت ؛ لأن دار الحرب مظنة الحاجة لعسر نقل الميرة إليها بخلاف دار الإسلام .

وكلام الخرقي عام في موضعين والمعنى يقتضيه فإن ما ثبت عليه أيدي المسلمين وتحقق ملكهم له فلا ينبغي أن يؤخذ إلا برضاهم كسائر أملاكهم .

ولأن حيازته في دار الحرب يثبت الملك فيه بدليل جواز قسمته وثبوت أحكام الملك فيه بخلاف ما قبل الحيازة فإن الملك لم يثبت فيه بعد .

مسألة : **(ومن اشترى من المغنم في بلاد الروم فتغلب عليه العدو لم يكن عليه شيء من الثمن وإن كان قد أخذ منه الثمن رد إليه)** .

أما الأمير إذا باع من المغنم شيئاً قبل قسمه لمصلحة صح بيعه فإن عاد الكفار فغلبوا على المبيع فأخذوه من المشتري في دار الحرب نظرنا ، فإن كان لتفريط من المشتري مثل إن خرج به من المعسكر ونحو ذلك فضمانه عليه ؛ لأن ذهابه حصل بتفريطه فكان من ضمانه كما لو أتلفه ، وإن حصل بغير تفريطه ففيه روايتان :

إحداهما : ينفسخ البيع ويكون من ضمان أهل الغنيمة فإن كان الثمن لم يؤخذ من المشتري سقط عنه وإن كان أخذ منه رد إليه ؛ لأن القبض لم يكمل ؛ لكون المال في دار الحرب غير محرز ، وكونه على خطر من العدو . أشبه الثمر المبيع على رؤوس الشجر إذا تلف قبل الجذاذ .

والثانية : هو من ضمان المشتري وعليه ثمنه وهذا أكثر الروايات عن أحمد واختاره الخلال وصاحبه وهو مذهب الشافعي ؛ لأنه مال مقبوض أبيح لمشتريه فكان ضمانه عليه كما لو أحرز إلى دار الإسلام .

ولأن أخذ العدو له تلف فلم يضمنه البائع كسائر أنواع التلف .

ولأن نماءه للمشتري فكان ضمانه عليه ؛ لقوله عليه السلام : « الخراج بالضمان »[1] .

وإذا قسمت الغنائم في دار الحرب جاز لمن أخذ سهمه التصرف فيه بالبيع وغيره ، فإن باع بعضهم بعضاً شيئاً منها فغلب عليه العدو ففي ضمان البائع له وجهان بناء على الروايتين في التي قبلها ، وإن اشتراه مشتر من المشتري فكذلك . فإذا قلنا هو من ضمان البائع رجع البائع الثاني على البائع الأول بما رجع به عليه .

مسألة : **(وإذا حورب العدو لم يحرقوا بالنار)** .

أما العدو إذا قدر عليه فلا يجوز تحريقه بالنار بغير خلاف نعلمه وقد كان أبو بكر يأمر بتحريق أهل الردة بالنار ، وفعل ذلك خالد بن الوليد بأمره وأما اليوم فلا أعلم فيه بين الناس خلافاً ، وقد روى حمزة الأسلمي «أن رسول الله ﷺ أمره على سرية قال : فخرجتُ فيها فقال : إن أخذتُم فلاناً فأحرقوه بالنار فولّيت فناداني فرجعت فقال : إن أخذتم فلاناً فاقتلُوه ولا تحرقوه فإنه لا يُعذّبُ بالنار إلا ربُّ النار »[2] رواه أبو داود وسعيد .

وروى أحمد والبخاري والترمذي من حديث أبي هريرة نحوه[3] .

وأما رميهم قبل أخذهم بالنار فإن أمكن أخذهم بدونها لم يجز رميهم بها ؛ لأنهم في معنى المقدور عليه ، وأما عند العجز عنهم بغير النار فجائز في قول أكثر أهل العلم ، وبه قال الأوزاعي والشافعي .

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٣٥١٠) ٣: ٢٨٤ كتاب الإجارة، باب فيمن اشترى عبدا فاستعمله ثم وجد به عيبا.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٢٨٦) ٣: ٤٩٢ كتاب البيوع، باب ما جاء فيمن يشتري العبد ويستغله ثم يجد فيه عيباً.
وأخرجه النسائي في سننه (٤٤٩٠) ٧: ٢٥٤ كتاب البيوع، الخراج بالضمان.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٢٦٧٣) ٣: ٥٤ كتاب الجهاد ، باب في كراهية حرق العدو بالنار.
وأخرجه سعيد بن منصور في سننه (٢٦٤٣) ٢: ٢٤٣ كتاب الجهاد ، باب كراهية أن يعذب بالنار.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٨٥٣) ٣: ١٠٩٨ كتاب الجهاد والسير ، باب لا يعذب بعذاب الله.
وأخرجه أبو داود في سننه (٢٦٧٤) ٣: ٥٥ كتاب الجهاد ، باب في كراهية حرق العدو بالنار.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٥٧١) ٤: ١٣٧ كتاب السير ، باب.
وأخرجه أحمد في مسنده (٨٠٠٧) طبعة إحياء التراث.

مسألة : **(ولم يغرقوا النحل)** .

أما تغريق النحل وتحريقه فلا يجوز في قول أكثر أهل العلم منهم الأوزاعي والشافعي ؛ لما روي عن أبي بكر «أنه قال ليزيد بن أبي سفيان وهو يوصيه حين بعثه أميراً على القتال بالشام : ولا تحرقن نحلاً ولا تغرقنه »[1] .

وروي عن ابن مسعود أنه قدم عليه ابن أخيه من غزاة غزاها فقال : لعلك حرقت حرثاً ؟ قال : نعم : قال : لعلك غرقت نحلاً؟ قال : نعم قال : لعلك قتلت صبياً؟ قال : نعم قال : ليكن غزوك كفافاً »[2] أخرجهما سعيد .

وقد ثبت « أن النبي عليه السلام نهى عن قتل النحلة »[3] و « نهى أن يقتل شيء من الدواب صبراً »[4] .

ولأنه إفساد . فيدخل في قوله تعالى : ﴿وإذا تولى سعى في الأرض ليُفسد فيها ويُهلك الحرث والنسل والله لا يحب الفساد﴾ [البقرة :٢٠٥] .

ولأنه حيوان ذو روح . فلم يجز قتله لغيظ المشركين ؛ كنسائهم وصبيانهم .

وأما أخذ العسل وأكله فمباح ؛ لأنه من الطعام المباح[5] .

مسألة : **(ولا تعقر شاة ولا دابة إلا لأكل لا بد لهم منه)** .

أما عقر دوابهم في غير حال الحرب لمغايظتهم والإفساد عليه فلا يجوز سواء خفنا أخذهم لها أو لم نخف . وبهذا قال الأوزاعي والشافعي ؛ لأن أبا بكر قال في وصيته ليزيد حين بعثه أميراً : « يا يزيد! لا تقتل صبياً ولا امرأة ولا هرماً ، ولا

---

(١) أخرجه سعيد بن منصور في سننه (٢٣٨٣) ٢: ١٤٨ كتاب الجهاد ، باب : ما يؤمر به الجيوش إذا خرجوا .
وأخرجه مالك في موطئه (١٠) ٢: ٣٥٨ كتاب الجهاد، باب النهي عن قتل النساء والولدان في الغزو .

(٢) أخرجه سعيد بن منصور في سننه (٢٦٣٠) ٢: ٢٤٠ كتاب الجهاد ، باب ما جاء في قتل النساء والولدان.

(٣) أخرجه أبو داود في سننه (٥٢٦٧) ٤: ٣٦٧ كتاب الأدب ، باب في قتل الذر.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٣٢٢٤) ٢: ١٠٧٤ كتاب الصيد، باب ما ينهى عن قتله.
وأخرجه أحمد في مسنده (٣٢٣٢) طبعة إحياء التراث.

(٤) أخرجه ابن ماجة في سننه (٣١٨٨) ٢: ١٠٦٤ كتاب الذبائح، باب النهي عن صبر البهائم وعن المثلة. عن جابر بن عبدالله.

(٥) زيادة من المغني ١٠: ٥٠٦.

تخربن عامراً ، ولا تعقرن شجراً مثمراً ، ولا دابة عجماء ، ولا شاة إلا لمأكلة ، ولا تحرقن نحلاً ولا تغرقنه »[1] .

* و « لأن النبي ﷺ نهى عن قتل شيء من الدواب صبراً »[2] .

ولأنه حيوان ذو حرمة . أشبه النساء والصبيان .

وأما حال الحرب فيجوز فيها قتل المشركين كيف أمكن بخلاف حالهم إذا قدر عليهم ولهذا جاز قتل النساء والصبيان في البيات إذا لم يتعمد قتلهم منفردين بخلاف حالة القدرة عليهم وقتل بهائمهم يتوصل به إلى قتلهم وهزيمتهم .

فصل

وأما عقرها للأكل فإن كانت الحاجة داعية إليه ولا بد منه فمباح بغير خلاف ؛ لأن الحاجة تبيح مال المعصوم فمال الكافر أولى . وإن لم تكن الحاجة داعية إليه نظرنا ، فإن كان الحيوان لا يراد إلا للأكل ؛ كالدجاج والحمام وسائر الطير والصيد فحكمه حكم الطعام في قول الجميع ؛ لأنه لا يراد لغير الأكل وتقل قيمته أشبه الطعام ، وإن كان مما يحتاج إليه في القتال ؛ كالخيل لم يبح ذبحه للأكل في قولهم جميعاً ، وإن كان غير ذلك كالغنم والبقر لم يبح في قول الخرقي .

وقال القاضي : ظاهر كلام أحمد إباحته ؛ لأن هذا الحيوان مثل الطعام في باب الأكل والقوت فكان مثله في إباحته .

وإذا ذبح الحيوان أكل لحمه وليس له الانتفاع بجلده ؛ لأنه إنما أبيح له ما يأكله دون غيره .

قال عبدالرحمن بن معاذ بن جبل : كلوا لحم الشاة وردوا إهابها إلى المغنم ، وليس هذا حيوان مأكول فأبيح أكله كالطير .

---

(١) أخرجه مالك في موطئه (١٠) ٢: ٣٥٨ كتاب الجهاد، باب النهي عن قتل النساء والولدان في الغزو.
وأخرجه سعيد بن منصور في سننه (٢٣٨٣) ٢: ١٤٨ باب ما يؤمر به الجيوش إذا خرجوا.

(٢) سبق تخريجه ص: ٥١٩.

ووجه قول الخرقي ما روى سعيد بإسناده عن ثعلبة بن الحكم قال : «أصبنا للعدو غنماً فانتهبناها ، فنصبنا قدورنا ، فمرّ النبي ﷺ بالقدور وهي تغلي فأمر بها فأُكفئت ، ثم قال : إن النهبة لا تحل»[1] .

ولأن هذه الحيوانات تكثر قيمتها وتشح أنفس الغانمين بها ويمكن حملها إلى دار الإسلام بخلاف الطير والطعام لكن إن أذن الأمير فيها جاز ؛ لما روى عطية بن قيس قال : «كنا إذا خرجنا في سرية فأصبنا غنماً نادى منادي الإمام ، ألا من أراد أن يتناول شيئاً من هذه الغنم فليتناول إنا لا نستطيع سياقتها»[2] رواه سعيد .

وكذلك إن قسمها ؛ لما روى معاذ قال : «غزونا مع النبي ﷺ خيبر فأصبنا غنماً فقسم النبي ﷺ بيننا طائفة وجعل بقيَّتها في المغنَم »[3] رواه أبو داود .

وروى سعيد بإسناده عن عبيد الله بن عبيد «أن رجلاً نحر جزوراً بأرض الروم ، فلما بردت قال : أيها الناس خذوا من لحم هذه الجزور فقد أذنّا لكم فيها . قال مكحول : يا غساني ألا تأتينا من لحم هذه الجزور؟ فقال الغساني : يا أبا عبدالله أما ترى ما عليها من النهبى . قال مكحول : لا نهبى في المأذون فيه»[4] .

فصل

ولم يفرق أصحابنا بين جميع البهائم في هذه المسألة .

ويقوى عندي : أن ما عجز المسلمون عن سياقته وأخذه إن كان مما يستعين به الكفار في القتال كالخيل جاز عقره وإتلافه ؛ لأنه مما يحرم إيصاله إلى الكفار بالبيع فتركه لهم بغير عوض أولى بالتحريم . وإن كان مما يصلح للأكل فللمسلمين ذبحه والأكل منه مع الحاجة وعدمها وما عدا هذين القسمين لا يجوز إتلافه ؛ لأنه مجرد إفساد وإتلاف ، وقد نهى النبي عليه السلام عن ذبح الحيوان لغير مأكلة[5] .

(١) أخرجه سعيد بن منصور في سننه (٢٦٣٧) ٢: ٢٤١ كتاب الجهاد ، باب ما جاء في النهي عن النهبى.
(٢) أخرجه سعيد بن منصور في سننه (٢٦٣٩) ٢: ٢٤٢ الموضع السابق.
(٣) أخرجه أبو داود في سننه (٢٧٠٧) ٣: ٦٧ كتاب الجهاد ، باب في بيع الطعام إذا فضل عن الناس في أرض العدو.
(٤) أخرجه سعيد بن منصور في سننه (٢٦٣٨) ٢: ٢٤١ كتاب الجهاد ، باب ما جاء في النهي عن النهبى.
(٥) أخرجه مالك في موطئه (١٠) ٢: ٣٥٨ كتاب الجهاد ، النهي عن قتل النساء والولدان في الغزو.

مسألة : (**ولا يقطع شجرهم ولا يحرق زرعهم إلا أن يكونوا يفعلون ذلك في بلدنا فيفعل بهم ذلك لينتهوا**) .

- أما الشجر والزرع فينقسم ثلاثة أقسام :

أحدها : ما تدعوا الحاجة إلى إتلافه كالذي يقرب من حصونهم ويمنع من قتالهم أو يستترون به من المسلمين ، أو يحتاج إلى قطعه لتوسعة طريق ، أو تمكن من قتال ، أو سد بثق ، أو إصلاح طريق ، أو ستارة منجنيق أو غيره ، أو يكونوا يفعلون ذلك بنا فنفعله بهم لينتهوا فهذا يجوز بغير خلاف .

الثاني : ما يتضرر المسلمون بقطعه لكونهم ينتفعون ببقائه لعلوفتهم أو يستظلون به أو يأكلون من ثمره أو تكون العادة لم تجر بذلك بيننا وبين عدونا فإذا فعلناه بهم فعلوه بنا فهذا يحرم ؛ لما فيه من الإضرار بالمسلمين .

الثالث : ما عدا هذين القسمين مما لا ضرر فيه بالمسلمين ولا نفع سوى غيظ الكفار والإضرار بهم ففيه روايتان :

إحداهما : لا يجوز ؛ لحديث أبي بكر ووصيته . وقد روي نحو ذلك مرفوعاً إلى النبي ﷺ .

ولأن فيه إتلافاً محضاً فلم يجز كعقر الحيوان . وبهذا قال الأوزاعي والليث .

والرواية الثانية : يجوز . وبه قال مالك والشافعي وإسحاق وابن المنذر .

قال إسحاق : التحريق سنة إذا كان أنكى في العدو ؛ لقول الله تعالى : ﴿ما قطعتم من لِينة أو تركتموها قائمةً على أصولها فبإذن الله وليخزي الفاسقين﴾ [الحشر :٥] .

وروى ابن عمر «أن النبي ﷺ حرّق نخل بني النضير وقطع ، وهي البويرة فأنزل الله : ﴿ما قطعتم من لينة أو تركتموها قائمة على أصولها فبإذن الله﴾ [الحشر :٥] . وفيها يقول حسان :

وهانَ على سَراةِ بني لُؤيٍ حريقٌ بالبويرةِ مستطيرُ»[1]

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٢٠١) ٢: ٨٢٠ كتاب المزارعة، باب قطع الشجر والنخل.

متفق عليه .

مسألة : (**ولا يتزوج في أرض العدو ، إلا أن تغلب عليه الشهوة فيتزوج مسلمة ويعزل عنها ولا يتزوج منهم . وإن اشترى منهم جارية لم يطأها في الفرج وهو في أرضهم**) .

يعني : من دخل أرض العدو بأمان فأما إن كان في جيش المسلمين فمباح له أن يتزوج . وقد روي عن سعيد بن أبي هلال «أنه بلغه أن[1] رسول الله ﷺ زوج أبا بكر أسماء بنت عميس وهم تحت الرايات»[2] أخرجه سعيد .

ولأن الكفار لا يد لهم عليه أشبه من في دار الإسلام .

وأما الأسير فظاهر كلام أحمد أنه لا يحل له التزوج ما دام أسيراً ؛ لأنه منعه من وطء امرأته إذا أسرت معه مع صحة نكاحهما ، وهذا قول الزهري فإنه قال : لا يحل للأسير أن يتزوج ما كان في أيدي المشركين . وكره الحسن أن يتزوج ما كان في أرض المشركين .

ولأن الأسير إذا ولد له ولد كان رقيقاً لهم ولا يأمن أن يطأ امرأته غيره منهم .

وأما الذي يدخل إليهم بأمان كالتاجر ونحوه فهو الذي أراد الخرقي فلا ينبغي له التزوج ؛ لأنه لا يأمن أن تأتي امرأته بولد فيستولي عليه الكفار وربما نشأ بينهم فيصير على دينهم . فإن غلبت عليه الشهوة أبيح له نكاح مسلمة ؛ لأنها حال ضرورة ويعزل عنها لئلا تأتي بولد ، ولا يتزوج منهم ؛ لأن امرأته إذا كانت منهم غلبته على ولدها فيتبعها على دينها .

وقال القاضي في قول الخرقي : هذا نهي كراهة لا نهي تحريم ؛ لأن الله قال : ﴿وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم﴾ [النساء : ٢٤] .

⇦

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٧٤٦) ٣: ١٣٦٥ كتاب الجهاد والسير، باب جواز قطع أشجار الكفار وتحريقها .

(١) زيادة من السنن.

(٢) أخرجه سعيد بن منصور في سننه (٢٨٧١) ٢: ٣١٢ كتاب الجهاد ، باب جامع الشهادة.

ولأن الأصل الحل فلا يحرم بالشك والتوهم. وإنما كرهنا له التزوج منهم مخافة أن يغلبوا على ولده فيسترقوه ويعلموه الكفر ففي تزويجه تعريض لهذا الفساد العظيم، وازدادت الكراهة إذا تزوج منهم؛ لأن الظاهر أن امرأته تغلبه على ولدها فتكفره كما أن حكم الإسلام تغليب الإسلام فيما إذا أسلم أحد الأبوين أو تزوج مسلم ذمية. وإذا اشترى منهم جارية لم يطأها في الفرج في أرضهم مخافة أن يغلبوه على ولدها فيسترقوه ويكفروه.

مسألة: **(ومن دخل إلى أرض العدو بأمان لم يخنهم في مالهم ولم يعاملهم بالربا).**

أما تحريم الربا في دار الإسلام فثابت عندنا وعند مالك والشافعي؛ لعموم قوله تعالى: ﴿وحرم الربا﴾ [البقرة:٢٧٥] وعموم الآيات والأخبار الدالة على تحريم الربا تتناول الربا في كل مكان وزمان.

وأما خيانتهم فمحرمة؛ لأنهم إنما أعطوه الأمان مشروطاً بتركه خيانتهم وأمنه إياهم من نفسه وإن لم يكن ذلك مذكوراً في اللفظ فهو معلوم في المعنى وكذلك من جاءنا منهم بأمان فخاننا كان ناقضاً لعهده.

إذا ثبت هذا لم تحل له خيانتهم؛ لأنه غدر ولا يصلح في ديننا الغدر وقد قال عليه السلام: «المؤمنون عند شروطهم»[1]، فإن خانهم أو سرق منهم أو اقترض شيئاً وجب عليه رد ما أخذ إلى أربابه فإن جاء أربابه إلى دار الإسلام بأمان أو أيمان رده عليهم وإلا بعث به إليهم؛ لأنه أخذه على وجه حرم عليه أخذه. فلزمه رده؛ كما لو أخذه من مال مسلم.

مسألة: **(ومن كان لهم مع المسلمين عهد فنقضوه حوربوا وقتل رجالهم ولم تسب ذراريهم ولم يسترقوا إلا من ولد بعد نقضه).**

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٣٥٩٤) ٣: ٣٠٤ كتاب الأقضية، باب في الصلح.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٣٥٢) ٣: ٤٩٢ كتاب الأحكام، باب ما ذكر عن رسول الله ﷺ في الصلح بين الناس.

أما أهل الذمة إذا نقضوا العهد أو أخذ رجل الأمان لنفسه ثم نقض العهد فإنه تقتل رجالهم ولا تسبى ذراريهم الموجودون قبل النقض؛ لأن العهد شملهم جميعاً ودخلت فيه الذرية والنقض إنما وجد من رجالهم فتختص إباحة الدماء بهم. ومن الممكن أن ينفرد الرجل بالعهد والأمان دون ذريته وذريته دونه فجاز أن ينتقض العهد فيه دونهم، والنقض إذا وجد من الرجال البالغين دون الذرية فيجب أن يختص حكمه بهم. وأما من ولد فيهم بعد نقض العهد جاز استرقاقه؛ لأنه لم يثبت له أمان بحال، وسواء فيما ذكرنا لحقوا بدار الحرب أو أقاموا بدار الإسلام. وأما نساؤهم فمن لحق منهن بدار الحرب طائعة أو وافقت زوجها في نقض العهد جاز سبيها؛ لأنها بالغة عاقلة أشبهت الرجل. ومن لم تنقض العهد لم ينتقض عهدها بنقض زوجها.

مسألة: (**وإذا استأجر الأمير قوماً يغزون مع المسلمين لمنافعهم لم يسهم لهم وأعطوا ما استؤجروا به**).

نص أحمد على هذا في رواية جماعة فقال في رواية عبدالله وحنبل في الإمام يستأجر قوماً يدخل بهم بلاد العدو لا[1] يسهم لهم ويوفى لهم بما استؤجروا عليه.

وقال القاضي: هذا محمول على استئجار من لا يجب عليه الجهاد كالعبيد والكفار.

أما الرجال المسلمون الأحرار فلا يصح استئجارهم على الجهاد؛ لأن الغزو يتعين بحضوره على من كان من أهله. فإذا تعين عليه الفرض لم يجز أن يفعله عن غيره؛ كمن عليه حجة الإسلام لا يجوز أن يحج عن غيره. وهذا مذهب الشافعي. ويحتمل أن يحمل كلام أحمد والخرقي على ظاهره في صحة الاستئجار على الغزو لمن لم يتعين عليه؛ لما روى أبو داود بإسناده عن عبدالله بن عمرو أن رسول الله ﷺ قال: «للغازي أجره وللجاعل أجره وأجر الغازي»[2].

---

(١) في الأصل: ولا. وما أثبتناه من المغني ١٠: ٥٢٧.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٢٥٢٦) ٣: ١٦ كتاب الجهاد، باب الرخصة في أخذ الجعائل.

وروى سعيد بن منصور عن جبير بن نفير قال: قال رسول الله ﷺ: «مثل الذين يَغزون من أمتي ويأخذون الجُعْلَ يتقوَّوْن به على[1] عدوهم مثلُ أمّ موسى ترضع ولدها وتأخذُ أجرها»[2].

ولأنه أمر لا يختص فاعله أن يكون من أهل القربة. فصح الاستئجار عليه؛ كبناء المساجد، أو لم يتعين عليه الجهاد. فصح أن يؤجر نفسه عليه؛ كالعبد. ويفارق الحج؛ لأنه ليس بفرض عين، وأن الحاجة داعية إليه، وفي المنع من أخذ الجعل عليه تعطيل له ومنع له ممن فيه للمسلمين نفع وبهم إليه حاجة فينبغي أن يجوز بخلاف الحج.

إذا ثبت هذا فإن قلنا بالأول فالإجارة فاسدة وعليه الأجرة يردها وله سهمه؛ لأن غزوه بغير أجرة، وإن قلنا بصحته فظاهر كلام أحمد والخرقي أنه لا سهم له؛ لأن غزوه بعوض فكان واقعاً من غيره فلا يستحق شيئاً.

مسألة: **(ومن غلّ من الغنيمة حرّق كل رحله إلا المصحف وما فيه روح)**.

الغال هو: الذي يكتم ما يأخذه من الغنيمة فلا يطلع الإمام عليه ولا يضعه مع الغنيمة فحكمه أن يحرق رحله كله. وبهذا قال الحسن وفقهاء الشام.

و «أتي سعيد بن عبدالملك بغالّ. فجمع ماله وأحرقه، وعمر بن عبدالعزيز حاضر فلم يعبه»[3] رواه سعيد في سننه.

وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي: لا يحرق؛ «لأن النبي ﷺ لم يحرق»[4].

فإن عبدالله بن عمرو روى: «أن رسول الله ﷺ كان إذا أصاب غنيمة أمر بلالاً فنادى في الناس. فيجيئون بغنائمهم. فيخمسه ويقسمه. فجاء رجل بعد ذلك

---

(١) زيادة من السنن.

(٢) أخرجه سعيد بن منصور في سننه (٢٣٦١) ٢: ١٤١ كتاب الجهاد، باب ما جاء في الرجل يغزو بالجعل.
وأخرجه أبو داود في المراسيل ص: ١٨٢ كتاب الجهاد، باب في فضل الجهاد. من حديث جبير بن نفير.

(٣) أخرجه سعيد بن منصور في سننه (٢٧٣١) ٢: ٢٧٠ كتاب الجهاد، باب ما جاء في عقوبة من غل.

(٤) قال البخاري: إنما روى هذا -يعني حديث تحريق متاع الغال- صالح بن محمد بن زائدة، وهو أبو واقد الليثي، وهو منكر الحديث، قال محمد: وقد رُوي في غير حديث عن النبي ﷺ في الغال فلم يأمر فيه بحرق متاعه. ذكره عنه الترمذي ٤: ٦١.

بزمام من شعر . فقال : يا رسول الله! هذا فيما كنا أصبنا من الغنيمة . فقال : سمعت بلالاً ينادي ثلاثاً ؟ قال : نعم . فقال : ما منعك أن تجيء به ؟ فاعتذر . فقال : إن أنت تجيء به يوم القيامة فلن أقبله عنك »[1] رواه أحمد وأبو داود .

ولأن إحراق المتاع إضاعة له ، وقد « نهى النبي عليه السلام عن إضاعة المال »[2] .

ولنا : ما روى صالح بن محمد بن زائدة قال : « دخلت مع مسلمة أرض الروم . فأتي برجل قد غلّ . فسأل سالماً عنه . فقال : سمعت أبي يحدث عن عمر بن الخطاب عن النبي عليه السلام قال : إذا وجدتم الرجل قد غلّ فاحرقوا متاعه واضربوه . قال : فوجدنا في متاعه مصحفاً . فسأل سالماً عنه . فقال : بعه وتصدق بثمنه »[3] رواه أحمد وأبو داود .

وأما حديثهم فلا حجة لهم فيه . فإن الرجل لم يعترف أنه أخذه على سبيل الغلول ولا أخذه لنفسه ، وإنما توانى في المجيء به . وليس الخلاف فيه .

ولأن الرجل جاء به من عند نفسه تائباً معتذراً والتوبة تجبّ ما قبلها وتمحوا الحوبة .

وأما النهي عن إضاعة المال فإنما نهي عنه إذا لم يكن فيه مصلحة ، فإذا كان فيه مصلحة فلا بأس به ، ولا يعد تضييعاً ؛ كإلقاء المتاع في البحر إذا خيف الغرق ، وقطع يد السارق . ومع أن المال لا تكاد المصلحة تحصل به إلا بذهابه . فأكله

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٢٧١٢) ٣: ٦٨ كتاب الجهاد، باب في الغلول إذا كان يسيراً يتركه الإمام ولا يحرق رحله.
وأخرجه أحمد في مسنده (٦٩٩٦) ٢: ٢١٣.

(٢) روى المغيرة بن شعبة قال: قال رسول الله ﷺ: « إن الله حرم عليكم عقوق الأمهات ووأد البنات، ومنع وهات، وكره لكم قيل وقال، وكثرة السؤال، وإضاعة المال ».
أخرجه البخاري في صحيحه (٢٢٧٧) ٢: ٨٤٨ كتاب الاستقراض، باب ما ينهى عن إضاعة المال.
وأخرجه مسلم في صحيحه (٥٩٣) ٣: ١٣٤١ كتاب الأقضية، باب النهي عن كثرة المسائل من غير حاجة...

(٣) أخرجه أبو داود في سننه (٢٧١٣) ٣: ٦٩ كتاب الجهاد، باب في عقوبة الغال.
وأخرجه سعيد بن منصور في سننه (٢٧٢٩) ٢: ٢٦٩ كتاب الجهاد، باب ما جاء في عقوبة من غل.

إتلافه[1] وإنفاقه[2] إذهابه . ولا يعد شيء من ذلك تضييعاً ولا إفساداً ولا ينهى عنه .

وأما المصحف فلا يحرق لحرمته ، ولما تقدم من قول سالم فيه والحيوان لا يحرق «لنهي النبي عليه السلام أن يعذب بالنار إلا ربها»[3] .

ولحرمة الحيوان في نفسه .

ولأنه لا يدخل في اسم المتاع المأمور بإحراقه وهذا لا خلاف فيه .

ولا تحرق آلة الدابة أيضاً . نص عليه أحمد ؛ لأنه يحتاج إليها[4] للانتفاع بها .

ولأنه تابع لما لا يحرق فأشبه جلد المصحف وكيسه .

ولا تحرق ثياب الغال التي عليه ؛ لأنه لا يجوز تركه عرياناً ولا ما غل ؛ لأنه من غنيمة المسلمين قيل لأحمد : فالذي أصاب في الغلول أي شيء يصنع به؟ قال : يرفع إلى الغنيمة ، ولا سلاحه ؛ لأنه يحتاج إلى القتال ، ولا نفقته ؛ لأن ذلك مما لا يحرق عادة . وجميع ذلك أو ما أبقت النار من حديد وغيره فهو لصاحبه ؛ لأن ملكه كان ثابتاً عليه ولم يوجد ما يزيله وإنما عوقب بإحراق متاعه فما لم يحترق يبقى على ما كان ، ويحتمل أن يباع المصحف ويتصدق به لقول سالم فيه ، وإن كان معه شيء من كتب الحديث أو العلم فينبغي أن لا تحرق ؛ لأن نفع ذلك يعود إلى الدين ، وليس المقصود الإضرار به في دينه إنما المقصود الإضرار به في شيء من دنياه .

ولا يحرم الغال سهمه . وقال أبو بكر : في ذلك روايتان ، إحداهما : يحرم سهمه ؛ لأنه قد جاء في الحديث يحرم سهمه فإن صح فالحكم له .

والصحيح الأول ؛ لأن سبب الاستحقاق موجود فيستحق كما لو لم يغل ولم يثبت حرمان سهمه في خبر ولا قياس فيبقى بحاله ولا يحرق سهمه ؛ لأنه ليس من رحله .

---

(١) في الأصل: وإتلافه. وما أثبتناه من المغني ١٠: ٥٣٣.

(٢) زيادة من المغني ١٠: ٥٣٣.

(٣) أخرجه أبو داود في سننه (٥٢٦٨) ٤: ٣٦٧ كتاب الأدب، باب في قتل الذر .

(٤) في الأصل: إليه. وما أثبتناه من المغني ١٠: ٥٣٣.

مسألة : **(ولا يقام الحد على مسلم في أرض العدو)** .

أما من أتى حداً من الغزاة أو ما يوجب قصاصاً في أرض الحرب لم يقم عليه حتى يقفل فيقام عليه حده . وبهذا قال الأوزاعي وإسحاق .

وقال مالك والشافعي : يقام الحد في كل موضع ؛ لأن الله أمر بإقامته مطلق في كل مكان وزمان ، إلا أن الشافعي قال : إذا لم يكن أمير الجيش الإمام أو أمير إقليم فليس له إقامة الحد ويؤخر حتى يأتي الإمام ؛ لأن إقامة الحدود إليه وكذلك إن كان بالمسلمين حاجة إلى المحدود أو قوة به أو شغل عنه أخر .

ولنا على وجوب الحد أمر الله ورسوله وعلى تأخيره ما روى بسر بن أرطاة «أنه أتي برجل في الغزاة قد سرق بختية فقال : لولا أني سمعت رسول الله ﷺ يقول : لا تقطع الأيدي في الغزاة لقطعتك»[1] رواه أبو داود .

ولأنه إجماع الصحابة .

وأما إذا رجع فإنه يقام الحد عليه ؛ لعموم الآيات والأخبار وإنما أخر لعارض ، كما يؤخر لمرض أو شغل فإذا زال العارض أقيم الحد لوجود مقتضيه وانتفاء معارضه .

مسألة : **(وإذا فتح حصن لم يقتل من لم يحتلم أو ينبت أو يبلغ خمس عشرة سنة)** .

أما الإمام إذا ظفر بالكفار لم يجز أن يقتل صبياً لم يبلغ بغير خلاف وقد روى ابن عمر «أن النبي عليه السلام نهى عن قتل النساء والصبيان»[2] متفق عليه .

ولأن الصبي يصير رقيقاً بنفس السبي ففي قتله إتلاف المال ، فإذا سبي منفرداً صار مسلماً فإتلافه إتلاف من يمكن جعله مسلماً والبلوغ يحصل بأحد ثلاثة أشياء : وهي الاحتلام ، أو إنبات الشعر ، أو بلوغ خمس عشرة . وقد ذكرنا ذلك في باب الحجر .

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٤٤٠٨) ٤: ١٤٢ كتاب الحدود، باب في الرجل يسرق في الغزو أيقطع.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٨٥٢) ٣: ١٠٩٨ كتاب الجهاد والسير، باب قتل النساء في الحرب.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٧٤٤) ٣: ١٣٦٤ كتاب الجهاد والسير، باب تحريم قتل النساء والصبيان في الحرب.

مسألة : **(ومن قاتل من هؤلاء : النساء أوالرهبان في المعركة قتلوا) .**

لا نعلم في هذا خلافاً ، وبهذا قال الأوزاعي وأبو حنيفة وأصحابه والشافعي .

وقد جاء عن ابن عباس قال : «مرّ رسول الله ﷺ بامرأة مقتولة يوم الخندق فقال : من قتل هذه؟ قال رجل : أنا يا رسول الله ! قال : و لم ؟ قال : نازعتني قائم سيفي . قال : فسكت»[١] .

و «لأنه عليه السلام وقف على امرأة مقتولة . فقال : ما بالها قُتلت وهي لا تُقاتل»[٢] .

وهذا يدل على أنه إنما نهى عن قتل المرأة إذا لم تقاتل .

ولأن هؤلاء إنما لم يُقتَلوا ؛ لأنهم في العادة لا يقاتلون .

مسألة : **(وإذا خلي الأسير منا وحلف أن يبعث إليهم بشيء بعينه أو يعود إليهم فلم يقدر عليه لم يرجع إليهم) .**

أما الأسير إذا خلاه الكفار واستحلفوه على أن يبعث إليهم بفدائه أو يعود إليهم نظرت فإن أكرهوه بالعذاب لم يلزمه الوفاء لهم برجوع ولا فداء؛ لأنه مكره فلم يلزمه ما أكره عليه ؛ لقول النبي عليه السلام : «عفي لأمتي عن الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»[٣] ، وإن لم يكره عليه وقدر على الفداء الذي التزمه لزمه أداؤه ، وبهذا قال الحسن وعطاء والنخعي والثوري .

وقال الشافعي : لا يلزمه ؛ لأنه حر لا يستحقون بدله .

ولنا قول الله : ﴿وأوفوا بعهد الله إذا عاهدتم﴾ [النحل: ٩١] .

---

(١) أخرجه أبو داود في المراسيل من حديث عكرمة «أن النبي ﷺ رأى امرأة مقتولة بالطائف، فقال: ألم أنهَ عن قتل النساء؟ من صاحب هذه المرأة المقتولة؟ فقال رجل من القوم: أنا يا رسول الله ! أردفتُها ، فأرادت أن تصرَعني ، فتقتلني . فأمرَ بها رسول الله ﷺ أن تُوارى» . ص: ١٨٣ كتاب الجهاد، باب في فضل الجهاد.

(٢) عن حنظلة الكاتب ، قال: «غزونا مع رسول الله ﷺ فمررنا على امرأة مقتولة قد اجتمع عليها الناس . فأفرجُوا له . فقال: ما كانت هذه تُقاتل فيمن يُقاتل» .
أخرجه ابن ماجة في سننه (٢٨٤٢) ٢: ٩٤٨ كتاب الجهاد، باب الغارة والبيات وقتل النساء والصبيان .
وأخرجه أحمد في مسنده (١٧٦٤٧) ٤: ١٧٨ .

(٣) أخرجه ابن ماجة في سننه (٢٠٤٣) ١: ٦٥٩ كتاب الطلاق، باب طلاق المكره والناسي. عن أبي ذر الغفاري رضي الله عنه.

ولما صالح النبي عليه السلام أهل الحديبية على رد من جاءه مسلماً وفّى لهم وقال: «إنه لا يصلح في ديننا الغدر»[1].

ولأن في الوفاء مصلحة للأسارى، وفي الغدر مفسدة في حقهم؛ لأنهم[2] لا يؤمنون بعده. والحاجة داعية إليه. فلزمه الوفاء به؛ كما يلزمه الوفاء بعقد الهدنة.

ولأنه عاهدهم على وفاء مال فلزمه الوفاء به؛ كثمن المبيع.

والمشروط في عقد الهدنة في موضع يجوز شرطه وما ذكره باطل بما إذا شرط رد من جاءه مسلماً أو شرط لهم مالاً في عقد الهدنة. وأما إن عجز عن الوفاء نظرنا فإن كان المفادى امرأة لم ترجع إليهم ولم يحل لها ذلك؛ لقول الله: ﴿فلا تَرجعوهن إلى الكفار﴾ [الممتحنة: ١٠].

ولأن في رجوعها تسليطاً لهم على وطئها حراماً، وقد منع الله ورسوله رد النساء إلى الكفار بعد صلحه على ردهن في قصة الحديبية وفيها: «فجاء نسوة مؤمنات فنهاهم الله أن يردوهن[3]»[4] رواه أبو داود.

وإن كان رجلاً ففيه روايتان:

إحداهما: لا يرجع أيضاً، وهو قول الحسن والنخعي والشافعي؛ لأن الرجوع إليهم معصية فلم يلزم بالشرط؛ كما لو كان امرأة، وكما لو شرط قتل مسلم، أو شرب الخمر.

والثانية: يلزمه وهو قول عثمان والزهري والأوزاعي؛ لما ذكرنا في بعث الفداء.

ولأن النبي عليه السلام عاهد قريشاً على رد من جاءه مسلماً ورد أبا بصير وقال: «إنا لا يصلح في ديننا الغدر»[5]. وفارق رد المرأة فإن الله فرق بينهما في

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٥٨١) ٢: ٩٧٩ كتاب الشروط، باب الشروط في الجهاد والمصالحة مع أهل الحرب...

(٢) في الأصل: لأنه. وما أثبتناه من المغني ١٠: ٥٤٨.

(٣) في الأصل: يردهن، وما أثبتناه من السنن.

(٤) أخرجه أبو داود في سننه (٢٧٦٥) ٣: ٨٥ كتاب الجهاد، باب في صلح العدو.

(٥) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٥٨١) ٢: ٩٧٩ كتاب الشروط، باب الشروط في الجهاد والمصالحة مع أهل الحرب...

هذا الحكم حين صالح النبي ﷺ قريشاً على رد من جاءه منهم مسلماً فـأمضى الله ذلك في الرجال ونسخه في النساء.

* مسألة: (**ولا يحل لمسلم أن يهرب من كافرين، ومُبـاح لـه أن يهـرب مـن ثلاثة. فإن خشي الأسر قاتل حتى يُقتل**).

أما إذا التقى المسلمون والكفار وجب الثبات وحرم الفرار بدليل قوله تعـالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا إذا لقيتم فئة فاثبتوا﴾ [الأنفـال:٤٥]، وقولـه: ﴿يـا أيهـا الذيـن آمنوا إذا لقيتم الذين كفروا زحفاً فلا تُوَلُّوهم الأدبار... الآية﴾ [الأنفال:١٥].

وذكر النبي عليه السلام الفرار يوم الزحف فعده من الكبائر.

وحكي عن الحسـن والضحـاك أن هـذا كـان يـوم بـدر خاصـة ولا يجـب في غيرها والأمر مطلق وخبر النبي عليه السلام عام فـلا يجـوز التقييـد والتخصيـص إلا بدليل وإنما يجب الثبات بشرطين:

أحدهما: أن يكون الكفار لا يزيدون على ضعف المسـلمين فـإن زادوا عليـه جاز الفرار؛ لقول الله تعالى: ﴿الآن خَفَّفَ الله عنكم وعلم أن فيكم ضَعفـاً فـإن يكن منكم مائةٌ صابرةٌ يغلبوا مائتين﴾ [الأنفال:٦٦] وهذا إن كان لفظه لفـظ الخـبر فهو أمر بدليل قوله تعالى: ﴿الآن خفف الله عنكم﴾ [الأنفال:٦٦]، ولو كان خبراً على حقيقته لم يكن ردنا من غلبة الواحد العشرة إلى غلبة الاثنين تخفيفاً.

ولأن خبر الله صدق لا يقع بخلاف مخبره وقد علم أن الظفر والغلبة لا يحصل للمسلمين في كل موطن يكون العدو فيه ضعف المسلمين فمـا دون فعلـم أنـه أمر وفرض ولم يأت شيء ينسخ[1] هـذه الآيـة لا في كتـاب ولا سـنة فوجـب الحكـم بها.

قال ابن عباس: «نزلت: ﴿إن يكن منكم عشرون صابرون يغلبـوا مـائتين﴾ [الأنفال:٦٥] فشق ذلك على المسلمين حين فرض الله عليهم أن لا يفـر واحـد مـن عشـرة ثـم جـاء التخفيـف فقـال: ﴿الآن خفـف الله عنكـم -إلى قولـه-: يغلبـوا

(١) في الأصل: بفسخ. وما أثبتناه من المغني ١٠: ٥٥١.

مائتين﴾ [الأنفال :٦٦] فلما خفف الله عنهم من العدد نقص من الصبر بقدر ما خفف من العدد»[1] رواه أبو داود .

وقال ابن عباس : «من فرّ من اثنين فما فر ، ومن فر من ثلاثة فما فر»[2] .

الشرط الثاني : أن لا يقصد بفراره التحيز إلى فئة ولا التحرف لقتال فإن قصد أحد هذين فهو مباح ؛ لقول الله تعالى : ﴿إلا متحرّفاً لقتالٍ أو متحيزاً إلى فئة﴾ [الأنفال :١٦] .

ومعنى التحرف للقتال : أن ينحاز إلى موضع يكون القتال فيه أمكن مثل أن ينحاز من مواجهة الشمس ، أو الريح إلى استدبارهما ، أو من نزلة إلى علو ، أو من معطشة إلى موضع ماء أو يفر بين أيديهم لتنتقض صفوفهم ، أو تنفرد خيالتهم من رجالتهم ، أو ليجد فيهم فرصة ، أو ليستند إلى جبل ونحو ذلك مما جرت به عادة أهل الحرب .

وقد روي عن عمر أنه كان يوماً في خطبته إذ قال : «يا سارية الجبل . ظلمَ الذئب من استرعاه الغنم . فأنكرها الناس . فقال علي : دعوه . فلما نزل سألوه عما قال . فلم يعترف به . وكان قد بعث سارية إلى ناحية العراق لغزوهم . فلما قدم ذلك الجيش أخبروا أنهم لقوا عدوهم يوم الجمعة فظهر عليهم فسمعوا صوت عمر . فتحيزوا إلى الجبل ، فنجَوا من عدوهم وانتصروا عليهم»[3] .

وأما التحيز إلى فئة : فهو أن يصير إلى فئة من المسلمين ؛ ليكون معهم فيتقوى بهم على عدوه .

وسواء بعدت المسافة أو قصرت .

قال القاضي : لو كانت الفئة بخراسان والفئة بالحجاز جاز التحيز إليها ، ونحوه ذكر أصحاب الشافعي ؛ لأن ابن عمر روى أن النبي عليه السلام قال : «إني فئة لكم»[4] ، وكانوا بمكان بعيد منه .

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٢٦٤٦) ٣: ٤٦ كتاب الجهاد ، باب في التولي يوم الزحف.

(٢) أخرجه الطبراني في المعجم الكبير (١١١٥١) ١١: ٩٣ .

(٣) ذكره المتقي الهندي في كنز العمال ١٢: ٥٧١-٥٧٤.

(٤) أخرجه سعيد بن منصور في سننه (٢٥٣٩) ٢: ٢٠٩ كتاب الجهاد، باب من قال الإمام فئة كل مسلم.

وقال عمر : «أنا فئة كل مسلم»[1] ، وكان بالمدينة وجيوشه بمصر والشام والعراق وخراسان . رواهما سعيد .

• وقال عمر : رحم الله أبا عبيد لو كان تحيز إلي لكنت له فئة .

وإذا خشي الأسر فالأولى له أن يقاتل حتى يقتل ولا يسلم نفسه إلى الأسر ؛ لأنه يفوز بثواب الشهادة والدرجة الرفيعة ويسلم من تحكم الكفار عليه بالتعذيب والاستخدام والفتنة .

وإن استأسر[2] جاز ؛ لما روى أبو هريرة «أن النبي ﷺ بعث عشرةً عيناً وأمَّر عليهم عاصم بن ثابت ، فنفرَت إليهم هذيل بقريب من مائة رجل رام ، فلما أحس بهم عاصم وأصحابه لجئوا إلى فَدْفَد فقالوا لهم : انزلوا فأعطوا بأيديكم ولكم العهد والميثاق أن لا نقتل منكم أحداً . فقال عاصم : أما أنا فلا أنزل في ذمة كافر فرموهم بالنبل فقتلوا عاصماً في سبعة معه ، ونزل إليهم ثلاثة على العهد والميثاق ، منهم خبيب وزيد بن الدثنة ، فلما استمكنوا منهم أطلقوا أوتار قسيِّهم فربطوهم بها»[3] متفق عليه .

فعاصم أخذ بالعزيمة وخبيب وزيد أخذا بالرخصة وكلهم محمود غير مذموم ولا ملوم .

مسألة : (**ومن آجر نفسه بعد أن غنموا على حفظ الغنيمة فمباح له ما أخذ إن كان راجلاً أو على دابة يملكها**) .

أما الغنيمة إذا احتاجت إلى من يحفظها أو سوق الدواب التي هي منها أو يرعاها أو يحملها فإن للإمام أن يستأجر من يفعل ذلك ويؤدي أجرتها منها ؛ لأن ذلك من مؤونتها فهو كعلف الدواب وطعام السبي .

---

(١) أخرجه سعيد بن منصور في سننه (٢٥٤٠) ٢: ٢١٠ الموضع السابق.

(٢) في الأصل: استوسر. وما أثبتناه من المغني ١٠: ٥٥٣.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٨٨٠) ٣: ١١٠٨ كتاب الجهاد والسير ، باب هل يستأسر الرجل ومن لم يستأسر... ولم نجده في صحيح مسلم.

ومن آجر نفسه على فعل شيء من ذلك فله أجرته مباحة ؛ لأنه آجر نفسه لفعل بالمسلمين إليه حاجة فحلت له أجرته كما لو آجر نفسه على الدلالة إلى الطريق.

وأما قوله : إن كان راجلاً أو على داية يملكها فإنه يعني به أنه لا يركب من دواب المغنم ولا فرساً حبيساً .

قال أحمد : لا بأس أن يؤجر الرجل نفسه على دابته وكره أن يستأجر القوم على سياق الرمك على فرس حبيس ؛ لأنه يستعمل الفرس الموقوفة للجهاد فيما يختص منفعة نفسه ، فإن آجر نفسه فركب الدابة الحبيس أو دابة من المغنم لم تطب له أجرة ؛ لأن المعين له على العمل يختص نفع نفسه فلا يجوز أن يستعمل فيه دواب المغنم ولا دواب الحبيس ، وينبغي أن يلزمه بقدر أجر الدابة يرد في الغنيمة إن كانت من الغنيمة أو يصرف في نفقة دواب الحبيس إن كان الفرس حبيساً .

فصل

فإن شرط في الإجارة ركوب دابة من الغنيمة فينبغي أن يجوز ؛ لأن ذلك بمنزلة أجرة تدفع إليه من المغنم ، ولو آجر نفسه بدابة معينة من المغنم صح فإذا جعل أجره ركوبها كان أولى إلا أنّ يكون العمل مجهولاً فلا يجوز ؛ لأن من شرط صحة إجارتها كون عوضها معلوماً ، وإن شرط في الإجارة ركوب دابة من الحبيس لم يجز ؛ لأنها إنما حبست على الجهاد وليس هذا بجهاد إنما هو نفع لأهل الغنيمة .

مسألة : **(ومن لقي عِلْجاً فقال له : قف ، أو ألق سلاحك فقد أمَّنه)** .

قد تقدم الأمان وذكر من يصح أمانه فنذكر هاهنا صفة الأمان فالذي ورد به الشرع لفظتان أجرتك وأمنتك ؛ لقول الله تعالى : ﴿وإن أحدٌ من المشركين استجارك فأجره﴾ [التوبة :٦] .

وقال عليه السلام : «قد أَجَرْنَا من أَجَرْتِ وأَمَّنَّا من أَمَّنْت»[١] .

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٢٧٦٣) ٣: ٨٤ كتاب الجهاد، باب في أمان المرأة.

وقال: «من دخل دار أبي سفيان فهو آمن، ومن أغلق عليه بابه فهو آمن»[1].

* وفي معنى ذلك إذا قال له: لا تخف، لا تذهل، لا تخش، لا خوف عليك، لا بأس عليك.

وقد روي عن عمر أنه قال: «إذا قلتم: لا بأس، أو لا تذهل أو مَتَرْس: فقد آمنتموهم. فإن الله يعلم الألسنة»[2].

وفي رواية أخرى: «إذا قال الرجل للرجل: لا تخف فقد أمَّنه، وإذا قال: لا تذهل فقد أمَّنه؛ فإن الله يعلم الألسنة»[3].

وروي «أن عمر قال للهرمزان: تكلم ولا بأس عليك. فلما تكلم أمر عمر بقتله. فقال أنس بن مالك: ليس لك إلى ذلك سبيل قد أمنته فقال عمر: كلا. فقال الزبير: قد قلت له: تكلم ولا بأس عليك فدرأ عنه عمر القتل»[4] رواه سعيد وغيره.

وهذا كله لا نعلم فيه خلافاً.

وأما إن قال له: قف أو ألق سلاحك فقال أصحابنا: هو أمان أيضاً؛ لأن الكافر يعتقد هذا أماناً أشبه قوله: أمنتك.

قال صاحب المغني: ويحتمل أن هذا ليس بأمان؛ لأن لفظه لا يشعر به وهو يستعمل للإرهاب والتخويف فلم يكن أماناً كقوله: لأقتلنك لكن يرجع إلى القائل فإن قال: نويت به الأمان فهو أمان، وإن قال: لم أرد أمانه نظرنا في الكافر

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (١٧٨٠) ٣: ١٤٠٦ كتاب الجهاد والسير، باب فتح مكة.

(٢) ذكره البخاري في صحيحه تعليقاً ولفظه: «إذا قال مَتَرْس فقد آمنه، إن الله يعلم الألسنة كلها». ٣: ١١٥٨ كتاب الجزية، باب إذا قالوا صبأنا و لم يحسنوا أسلمنا.

وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى موصولاً من حديث أبي وائل ٩: ٩٦ كتاب السير، باب كيف الأمان.

وأخرجه سعيد بن منصور في سننه (٢٥٩٩-٢٦٠٠) ٢: ٢٣٠ كتاب الجهاد، باب الإشارة إلى المشركين والوفاء بالعهد.

وأخرجه عبدالرزاق في مصنفه (٩٤٢٩) ٥: ٢١٩ كتاب الجهاد، باب دعاء العدو.

(٣) ر. التخريج السابق.

(٤) أخرجه سعيد بن منصور في سننه (٢٦٧٠) ٢: ٢٥٢ كتاب الجهاد، باب قتل الأسارى والنهي عن المثلة.

وأخرجه الشافعي في مسنده (٤٠٣) ٢: ١٢٠ كتاب الجهاد.

فإن قال : اعتقدته أماناً رد إلى مأمنه و لم يجز قتله وإن لم يعتقده أماناً فليس بأمان كما لو أشار إليهم بما اعتقدوه أماناً .

مسألة : **(ومن سرق من الغنيمة ممن له فيها حق أو لولده أو لسيده لم يقطع)** .

يعني إذا كان السارق بعض الغانمين أو أبوه أو عبده فلا قطع عليه ؛ لأن له شبهة وهو حقه المتعلق بها فيكون ذلك مانعاً من قطعه ؛ لأن الحدود تدرأ بالشبهات . أشبه ما لو سرق من مال مشترك بينه وبين غيره . وهكذا إن كان لأبيه وإن علا ، وهو قول أبي حنيفة والشافعي ، وزاد أبو حنيفة : إذا كان لذي رحم محرم منه فيها حق لم يقطع بناء على أنه لا يقطع بسرقة مالهم . وعن أحمد مثله ، وقد سبق الكلام في هذا ولو كان لأحد الزوجين فيها حق فسرق منها الآخر لم يقطع عند من لا يرى أن أحدهما يقطع بسرقة مال الآخر .

فصل

والسارق من الغنيمة غير الغال فلا يجري مجراه في إحراق رحله ، ولا يجري الغال مجرى السارق في قطع يده . وذكر بعض أصحابنا أن السارق يحرق رحله ؛ لأنه في معنى الغال .

ولأنه لما درئ عنه الحد وجب أن يشرع في حقه عقوبة أخرى كسارق الثمر يغرم مثلي ما سرق .

ولنا أن هذا لا يقع عليه اسم الغال حقيقة ولا هو في معناه ؛ لأن الغلول يكثر لكونه أخذ مال لا حافظ له ولا يطلع عليه غالباً فيحتاج إلى زاجر عنه وليس كذلك السرقة فإنها أخذ مال محفوظ فالحاجة إلى الزجر عنه أقل .

مسألة : **(وإن وطئ جارية قبل أن يقسم أدب ولم يبلغ به حد الزنا ، وأخذ منه مهر مثلها فطرح في المقسم ، إلا أن تلد منه فيكون عليه قيمتها)** .

يعني : إذا كان الواطئ من الغانمين أو ممن لولده فيها حق فلا حد عليه ؛ لأن الملك يثبت للغانمين في الغنيمة فيكون للواطئ حق في هذه الجارية وإن كان قليلاً

فيدرأ عنه الحد للشبهة . وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي . وقال مالك وأبو ثور : عليه الحد ؛ لقول الله تعالى : ﴿الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة﴾ [النور :٢] وهذا زان .

ولأنه وطء في غير ملك عامداً عالماً بالتحريم فلزمه الحد كما لو وطئ جارية غيره .

ولنا أن له فيها شبهة الملك فلم يجب عليه الحد كوطء جارية له فيها شرك والآية مخصوصة بوطء الجارية المشتركة وجارية ابنه فنقيس عليه هذا ومنع الملك لا يصح ؛ لأن ملك الكفار قد زال ولا يزول إلا إلى مالك .

ولأنه تصح قسمته ويملك الغانمون طلب قسمتها أشبهت مال الوارث وإنما كثر الغانمون فقل نصيب الواطئ ولم يستقر في شيء بعينه وكان للإمام تعيين نصيب كل واحد بغير اختياره فلذلك جاز أن يسقط بالإسقاط بخلاف الميراث وضعف الملك لا يخرجه عن كونه شبهة في الحد الذي يدرأ بالشبهات ولهذا يسقط الحد بأدنى شيء، وإن لم تكن حقيقة الملك فهو شبهة .

إذا ثبت هذا فإنه يعزر ولا يبلغ بتعزيره الحد على ما أسلفناه ويؤخذ منه مهر مثلها فيطرح في المقسم ، وبهذا قال الشافعي .

وقال القاضي : يسقط عنه من المهر قدر حصته منها ويجب عليه بقيته ، كما لو وطئ جارية مشتركة بينه وبين غيره وليس بصحيح ؛ لأنا إذا أسقطنا عنه حصته وأخذنا الباقي فطرحناه في المغنم ثم قسمناه على الجميع وهو فيهم عاد إليه سهم من حصة غيره .

ولأن قدر حصته قد لا يمكن معرفته لقلة المهر وكثرة الغانمين ثم إذا أخذناه فإن قسمناه مفرداً على من سواه لم يمكن ، وإن خلطناه ببقية الغنيمة ثم قسمنا على الجميع أخذ سهماً مما ليس له فيه حق .

إذا ثبت هذا فإن ولدت منه فالولد حر يلحقه نسبه وبهذا قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة : هو رقيق لا يلحقه نسبه ؛ لأن الغانمين إنما يملكون بالقسمة فقد صادف وطؤه غير ملكه .

ولنا أنه وطء سقط فيه الحد بشبهة الملك فيلحق فيه النسب كوطء جارية ابنه وما ذكروه غير مسلم، ويفارق الزنا فإنه يوجب الحد.

إذا ثبت هذا فإن الأمة تصير أم ولده في الحال.

وقال الشافعي: لا تصير أم ولد له في الحال؛ لأنها ليست ملكاً له فإذا ملكها بعد ذلك فهل تصير به أم ولد كوطء جارية ابنه. ولا نسلم ما ذكروه فإنا قد بينا أن الملك يثبت في الغنيمة بمجرد الاغتنام، وعليه قيمتها تطرح في المغنم؛ لأنه فوتها عليهم وأخرجها من الغنيمة بفعله فلزمته قيمتها كما لو قتلها فإن كان معسراً كان قيمتها في ذمته.

وقال القاضي: إن كان معسراً حسب قدر قيمته من الغنيمة فصارت أم ولده وباقيها رقيق للغانمين؛ لأن كونها أم ولد إنما يثبت بالسراية في ملك غيره فلم يسر في حق المعسر كالإعتاق.

ولنا أنه استيلاد جعل بعضها أم ولد فيجعل جميعها أم ولد كاستيلاد جارية الابن. وفارق العتق؛ لأن الاستيلاد أقوى لكونه فعلاً وينفذ من المجنون.

وأما قيمة الولد فقال أبو بكر: فيها روايتان:

إحداهما: يلزمه قيمته حين وضعه يطرح في المغنم؛ لأنه فوت رقه أشبه ولد المغرور.

والثانية: لا يلزمه؛ لأنه ملكها حين علقت و لم يثبت ملك الغانمين في الولد بحال. أشبه ولد الأب من جارية ابنه إذا وطئها.

ولأنه يعتق حين علوقه ولا قيمة له حينئذ.

وقال القاضي: إذا صار نصفها أم ولد يكون الولد كله حراً وعليه قيمة نصفه. والله أعلم.

كتاب الجزية

وهي الوظيفة المأخوذة من الكافر لإقامته بدار الإسلام في كل عام وهي فعلة من جزى يجزي إذا قضى . قال الله تعالى : ﴿واتقوا يوماً لا تجزي نفس عن نفس شيئاً﴾ [البقرة :٤٨] . تقول العرب : جزيت ديني إذا قضيته .

والأصل فيها الكتاب والسنة والإجماع . أما الكتاب فقول الله تعالى : ﴿قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ولا يحرمون ما حرم الله ورسوله ولا يَدينون دين الحق من الذين أوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يدٍ وهم صاغرون﴾ [التوبة :٢٩] .

وأما السنة فما روى المغيرة بن شعبة : «أنه قال لجند كسرى يوم نهاوند : أمرنا نبينا رسول ربنا أن نقاتلكم حتى تعبدوا الله وحده ، أو تؤدوا الجزية »[١] رواه أحمد والبخاري .

وعن بريدة قال : « كان رسول الله ﷺ إذا بعث أميراً على سرية أو جيش أوصاه بتقوى الله في خاصة نفسه ومن معه من المسلمين خيراً . وقال له : إذا لقيت عدوك من المشركين فادعهم إلى إحدى خصال ثلاث : ادعهم إلى الإسلام . فإن أجابوك فاقبل منهم وكف عنهم . فإن أبوا فادعهم إلى إعطاء الجزية . فإن أجابوك فاقبل منهم وكف عنهم . فإن أبوا فاستعن بالله وقاتلهم . وإذا حاصرت أهل حصن فأرادوك أن تجعل لهم ذمة الله وذمة نبيه فلا تجعل لهم ذمة الله وذمة نبيه ولكن اجعل لهم ذمتك وذمة أصحابك فإنكم أن تخفروا ذممكم وذمم أصحابكم أهون من أن تخفروا ذمة الله ورسوله . وإذا حاصرت أهل حصن وأرادوك أن تنزلهم على حكم الله فلا تنزلهم على حكم الله ولكن أنزلهم على

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٩٨٩) ٣: ١١٥٢ أبواب الجزية والموادعة، باب الجزية والموادعة مع أهل الذمة والحرب. و لم نجده في مسند أحمد.

حكمك فإنك لا تدري أتصيب فيهم حكم الله أم لا»[1] رواه أحمد ومسلم وابن ماجة والترمذي وصححه.

وأجمع المسلمون على جواز أخذ الجزية في الجملة.

مسألة: قال أبو القاسم رحمه الله: **(ولا تُقبل الجزية إلا من يهودي أو نصراني أو مجوسي، إذا كانوا مقيمين على ما عُوهدوا عليه)**.

أما الذين تقبل منهم الجزية فصنفان أهل كتاب ومن لهم شبهة كتاب فأهل الكتاب اليهود والنصارى ومن دان بدينهم كالسامرة يدينون بالتوراة ويعملون بشريعة موسى عليه السلام. وإنما خالفوهم في فروع دينهم.

وفرق النصارى من اليعقوبية والنسطورية[2] والملكية والفرنج والروم والأرمن وغيرهم ممن دان بالإنجيل وانتسب إلى عيسى عليه السلام والعمل بشريعته. فكلهم من أهل الإنجيل ومن عدا هؤلاء من الكفار فليس من أهل الكتاب بدليل قول الله تعالى: ﴿أن تقولوا إنما أنزل الكتاب على طائفتين من قبلنا﴾ [الأنعام:١٥٦].

واختلف أهل العلم في الصابئين فروي عن أحمد أنهم جنس من النصارى. وقال في موضع آخر: بلغني أنهم يُسبتون. فهؤلاء إذا أسبتوا فهم من اليهود.

وروي عن عمر أنه قال: هم يسبتون.

والصحيح أنه ينظر فيهم فإن كانوا يوافقون أحد أهل الكتابين في نبيهم وكتابهم فهم منهم وإن خالفوهم في ذلك فليس هم من أهل الكتاب.

ويروى عنهم: أنهم يقولون أن الفلك حي[3] ناطق، وأن الكواكب السبعة آلهة فإن كانوا كذلك فهم كعبدة الأوثان.

وأما أهل صحف إبراهيم وشيث وزبور داود فلا تقبل منهم الجزية؛ لأنهم من غير الطائفتين.

---

(١) سبق تخريجه ص: ٤٨٩.
(٢) زيادة من المغني ١٠: ٥٦٨.
(٣) زيادة من المغني ١٠: ٥٦٩.

ولأن هذه الصحف لم يكن فيها شرائع إنما هي مواعظ وأمثال كذلك وصف النبي عليه السلام صحف إبراهيم وزبور داود في حديث أبي ذر[1].

*وأما الذين لهم شبهة كتاب فهم المجوس فإنه يروى أنه كان لهم كتاب فرفع فصار لهم شبهة أوجبت حقن دمائهم وأخذ الجزية منهم و لم ينتهض في إباحة نكاح نسائهم ولا ذبائحهم هذا قول أكثر أهل العلم.

ونقل عن أبي ثور أنهم من أهل الكتاب وتحل نساؤهم وذبائحهم؛ لما روي غن علي أنه قال: «أنا[2] أعلم الناس بالمجوس. كان لهم علم يعلَمونه وكتاب يدرسونه، وإن ملكهم سكر فوقع على ابنته أو أخته. فاطلع عليه بعض أهل مملكته. فلما صحا جاءوا يقيمون عليه الحد فامتنع منهم. ودعا أهل مملكته وقال: أتعلمون ديناً خيراً من دين آدم وقد نكح بنيه بناته فأنا على دين آدم. قال: فبايعه قوم، وقاتلوا الذين خالفوهم حتى قتلوهم. فأصبحوا وقد أسري بكتابهم، ورفع العلم الذي في صدورهم. فهم أهل كتاب وقد[3] أخذ رسول الله ﷺ وأبو بكر -وأراه قال وعمر- منهم الجزية»[4] رواه الشافعي وسعيد وغيرهما.

ولأن النبي عليه السلام قال: «سُنُّوا بهم سُنة أهل الكتاب»[5].

ولنا: قول الله تعالى: ﴿أن تقولوا إنما أنزل الكتاب على طائفتين من قبلنا﴾ [الأنعام:١٥٦] والمجوس من غير الطائفتين. وقول النبي عليه السلام: «سُنُّوا بهم سنة أهل الكتاب»[6]: يدل على أنهم من غيرهم.

وعن عمر «أنه لم يأخذ الجزية من المجوس حتى شهد عبدالرحمن بن عوف أن

---

(١) أخرجه عبد بن حميد، وابن مردويه، وابن عساكر. الدر المنثور: ٦: ٣٤١.

(٢) زيادة من المسند.

(٣) في الأصل: قد. وما أثبتناه من المسند.

(٤) أخرجه الشافعي في مسنده (٤٣٢) ٢: ١٣١ كتاب الجهاد، باب ما جاء في الجزية.

(٥) سبق تخريجه ص: ٤٩٢.

(٦) سبق تخريجه ص: ٤٩٢.

رسول الله ﷺ أخذها من مجوس هَجَر»[1] رواه أحمد والبخاري وأبو داود والترمذي.

ولو كانوا أهل كتاب لما توقف عمر في أخذ الجزية منهم. مع أمر الله بأخذ الجزية من أهل الكتاب.

وما ذكروه هو الذي صار لهم به شبهة الكتاب.

وقد قال أبو عبيد: لا أحسب ما رووه عن علي في هذا محفوظاً ولو كان له أصل لما حرم النبي ﷺ نساءه وهو كان أولى بعلم ذلك. ويجوز أن يصح هذا مع تحريم نسائهم وذبائحهم؛ لأن الكتاب المبيح لذلك هو الكتاب المنزل على إحدى الطائفتين وليس هؤلاء منهم.

ولأن كتابهم رفع فلم ينتهض للإباحة. ويثبت به حقن دمائهم.

وأما قول أبي ثور في حل ذبائحهم ونسائهم فيخالف الإجماع فلا يلتفت إليه، وقوله عليه السلام: «سُنوا بهم سُنة أهل الكتاب»[2] في أخذ الجزية منهم.

إذا ثبت هذا فإن أخذ الجزية من أهل الكتابين والمجوس ثابت بالإجماع لا نعلم فيه خلافاً فإن الصحابة أجمعوا على ذلك وعمل به الخلفاء الراشدون ومن بعدهم إلى زمننا هذا من غير نكير ولا مخالف، وبه يقول أهل العلم من أهل الحجاز والعراق والشام ومصر وغيرهم مع دلالة الكتاب والسنة على أخذ الجزية من أهل الكتاب. ودلالة السنة على أخذ الجزية من المجوس بما روينا من قول المغيرة لأهل فارس: «أمرنا نبينا أن نقاتلكم حتى تعبدوا الله وحده أو تؤدوا الجزية»[3]، وحديث بريدة وعبدالرحمن بن عوف، وقوله عليه السلام: «سُنوا بهم سُنة أهل

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٩٨٧) ٣: ١١٥١ أبواب الجزية والموادعة، باب الجزية والموادعة مع أهل الذمة والحرب.
أخرجه أبو داود في سننه (٣٠٤٣) ٣: ١٦٨ كتاب الخراج والإمارة والفيء، باب في أخذ الجزية من المجوس.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٥٨٧) ٤: ١٤٧ كتاب السير، باب ما جاء في أخذ الجزية من المجوس.
وأخرجه أحمد في مسنده (١٦٨٨) طبعة إحياء التراث.

(٢) سبق تخريجه ص: ٤٩٢.

(٣) سبق تخريجه ص: ٥٤٠.

الكتاب»[1] ، ولا فرق بين كونهم عجماً أو عرباً ، وبه قال مالك والشافعي ؛ لعموم الآية .

*وظاهر كلام الخرقي أنه لا فرق بين من دخل في دينهم قبل تبديل كتابهم أو بعده ولا بين أن يكون ابن كتابيين أو وثنيين أو ابن كتابي ووثني .

وقال أبو الخطاب : من دخل في دينهم بعد تبديل كتابهم لم تقبل منه الجزية . ومن ولد بين أبوين أحدهما تقبل منه الجزية والآخر لا تقبل منه فهل تقبل منه؟ غلى وجهين وهذا مذهب الشافعي .

ولنا عموم النص فيهم .

ولأنهم من أهل دين تقبل من أهله الجزية فيقرون بها كغيرهم وإنما تقبل منهم الجزية إذا كانوا مقيمين على ما عوهدوا عليه من بذل الجزية والتزام أحكام الملة ؛ لأن الله أمر بقتالهم حتى يعطوا الجزية أي يلتزموا أداءها فما لم يوجد ذلك يبقون على إباحة دمائهم وأموالهم .

مسألة : **(ومن سواهم فالإسلام أو القتل)** .

يعني : من سوى اليهود والنصارى والمجوس لا تقبل منهم الجزية ولا يقرون بها ولا يقبل منهم إلا الإسلام فإن لم يسلموا قتلوا ، هذا ظاهر مذهب أحمد ، وروى عنه الحسن بن ثواب أنها تقبل من جميع الكفار إلا عبدة الأوثان من العرب ؛ لأن حديث بريدة يدل بعمومه على قبول الجزية من كل كافر إلا أنه خرج منه عبدة الأوثان من العرب لتغليظ كفرهم من وجهين ، أحدهما : دينهم ، والثاني : كونهم من رهط النبي عليه السلام .

ولنا قول الله : ﴿فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم﴾ [التوبة :٥] ، وقول النبي ﷺ : «أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله فإذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم إلا بحقها»[2] . وهذا عام خص منه أهل الكتاب بالآية

---

(١) سبق تخريجه ص: ٤٩٢.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٥) ١: ١٧ كتاب الإيمان، باب ﴿فإن تابوا وأقاموا الصلاة وآتوا الزكاة فخلوا سبيلهم﴾.

والمجوس بقول النبي ﷺ: «سُنوا بهم سُنة أهل الكتاب»[1]، فمن عداهم من الكفار يبقى على قضية العموم.

مسألة: (**والمأخوذ منهم الجزية على ثلاث طبقات فيؤخذ من أدونهم اثنا عشر درهماً، ومن أوسطهم أربعة وعشرون درهماً، ومن أيسرهم ثمانية وأربعون درهماً**).

الكلام في هذه المسألة في فصلين:

أحدهما: في تقدير الجزية.

والثاني: في كمية مقدارها.

أما الأول ففيه ثلاث روايات:

إحداها: أنها مقدرة بمقدار لا يزاد عليه ولا ينقص منه، وهذا قول أبي حنيفة والشافعي؛ لأن النبي عليه السلام فرضها مقدرة بقوله لمعاذ: «خُذ من كل حالم ديناراً أو عِدْلَهُ مَعَافِر»[2]، وفرضها عمر مقدرة بمحضر من الصحابة فلم ينكر فكان إجماعاً.

والثانية: أنها غير مقدرة بل يرجع فيها إلى اجتهاد الإمام في الزيادة والنقصان.

قال الأثرم: قيل لأبي عبدالله: تزاد اليوم وتنقص؟ يعني الجزية قال: نعم يزاد فيه وينقص على قدر طاقتهم على قدر ما يرى الإمام وذكر أنه زيد عليهم فيما مضى درهمان فجعله خمسين.

⇦

وأخرجه مسلم في صحيحه (٢٢) ١: ٥٣ كتاب الإيمان، باب الأمر بقتال الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله محمد رسول الله...

(١) سبق تخريجه ص: ٤٩٢.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٣٠٣٨) ٣: ١٦٧ كتاب الخراج والإمارة والفيء، باب في أخذ الجزية.

وأخرجه الترمذي في جامعه (٦٢٣) ٣: ٢٠ كتاب الزكاة، باب ما جاء في زكاة البقر.

وأخرجه النسائي في سننه (٢٤٥٢) ٥: ٢٦ كتاب الزكاة، باب زكاة البقر.

قال الخلال: العمل في قول أبي عبدالله على ما رواه الجماعة بأنه لا بأس للإمام أن يزيد في ذلك وينقص على ما رواه عنه أصحابه عنه في عشرة مواضع واستقر قوله على ذلك.

وهذا قول الثوري وأبي عبيد؛ «لأن النبي عليه السلام أمر معاذاً أن يأخذ من كل حالم ديناراً»[1]، و «صالح أهل نجران على ألفي حلة، النصف في صفر والنصف في رجب»[2] رواهما أبو داود.

وعمر جعل الجزية على ثلاث طبقات، على الغني ثمانية وأربعين درهماً، وعلى المتوسط أربعة وعشرون درهماً، وعلى الفقير اثني عشر درهماً. وصالح بني تغلب على مثلي ما على المسلمين من الزكاة وهذا يدل على أنها إلى رأي الإمام لولا ذلك لكانت على قدر واحد في جميع هذه المواضع ولم يجز أن تختلف.

ولأنها عوض فلم تتقدر كالأجرة.

والثالثة: أن أقلها مقدر بدينار وأكثرها غير مقدر، وهو اختيار أبي بكر فتجوز الزيادة ولا يجوز النقصان؛ لأن عمر زاد على ما فرض رسول الله ﷺ ولم ينقص منه، وروي أنه زاد على ثمانية وأربعين فجعلها خمسين.

الفصل الثاني: أننا إذا قلنا بالرواية الأولى وأنها مقدرة فقدرها في حق الموسر ثمانية وأربعون درهماً، وفي حق المتوسط أربعة وعشرون، وفي حق الفقير اثنا عشر وهذا قول أبي حنيفة؛ لحديث عمر وهو حديث لا شك في صحته وشهرته بين الصحابة وغيرهم ولم ينكره منكر ولا خلاف فيه وعمل به من بعده من الخلفاء فصار إجماعاً لا يجوز الخطأ عليه.

وحد اليسار في حقهم ما عدّه الناس غنى في العادة وليس بمقدر؛ لأن التقديرات بابها التوقيف ولا توقيف في هذا فيرجع فيه إلى العادة والعرف.

مسألة: **(ولا جزية على صبي ولا زائل العقل ولا امرأة)**.

---

(١) سبق تخريجه في الحديث السابق.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٣٠٤١) ٣: ١٦٧ كتاب الخراج والإمارة والفيء، باب في أخذ الجزية.

لا نعلم في هذا خلافاً بين أهل العلم، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه ومالك والشافعي. قال ابن المنذر: ولا أعلم عن غيره خلافهم.

وقد دل على صحة هذا: أن عمر كتب إلى أمراء الأجناد «أن اضربوا الجزية ولا تضربوها على النساء والصبيان، ولا تضربوها إلا على من جرت عليه المواسي»[1] رواه سعيد وأبو عبيد والأثرم.

وقول النبي ﷺ لمعاذ: «خذ من كل حالم ديناراً»[2] دليل على أنه لا تجب على غير بالغ.

ولأن الجزية تؤخذ لحقن الدم، وهؤلاء دماؤهم محقونة بدونها.

مسألة: **(ولا على فقير)**.

يعني: الفقير العاجز عن أدائها وهذا أحد أقوال الشافعي؛ لأن عمر جعل الجزية على ثلاث طبقات، جعل أدناها على الفقير المعتمل فيدل على أن غير المعتمل لا شيء عليه.

ولأن الله قال: ﴿لا يكلف الله نفساً إلا وسعها﴾ [البقرة:٢٨٦].

ولأن هذا مال يجب بحلول الحول فلا يلزم الفقير العاجز؛ كالزكاة والعقل.

مسألة: **(ولا شيخ فان ولا زمن ولا أعمى)**.

هؤلاء الثلاثة ومن في معناهم ممن به داء لا يستطيع معه القتال ولا يرجى برؤه ولا جزية عليهم، وهو قول أبي حنيفة وأصحابه.

وقال الشافعي في أحد قوليه: عليهم الجزية بناء على قتلهم وقد سبق قولنا في أنهم لا يقتلون فلا تجب عليهم الجزية كالنساء والصبيان.

---

(١) أخرج البيهقي في السنن الكبرى عن أسلم عن عمر رضي الله عنه «أنه كتب إلى أمراء أهل الجزية أن لا يضربوا الجزية إلا على من جرت عليه المواسي قال: وكان لا يضرب الجزية على النساء والصبيان» ٩: ١٩٨ كتاب الجزية، باب من يرفع عنه الجزية.
وأخرج أبو عبيد في الأموال عن قتادة عن أبي مجلز «أن عمر بعث عمار بن ياسر، وعبدالله بن مسعود، وعثمان بن حنيف إلى أهل الكوفة، فوضع عثمان على أهل الرؤوس: على كل رجل أربعة وعشرين درهما كل سنة وعطل من ذلك النساء والصبيان. ثم كتب بذلك إلى عمر فأجازه». (١٠٢) ص: ٤٢ كتاب سنن الفيء، باب فرض الجزية.

(٢) سبق تخريجه ص: ٥٦٨.

مسألة : (**ولا على سيد عبد عن عبده إذا كان السيد مسلماً**) .

لا نعلم في هذا خلافاً ؛ لأنه يروى عن النبي عليه السلام أنه قال : «لا جزية على العبد»[1] ، وعن ابن عمر مثله .

ولأن ما لزم العبد إنما يؤديه سيده فيؤدي إيجابها على عبد المسلم إلى إيجاب الجزية على مسلم . وأما إن كان العبد لكافر فالمنصوص عن أحمد : أنه لا جزية عليه أيضاً ، وهو قول عامة أهل العلم .

قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أنه لا جزية على العبد ، وذلك لما ذكرنا من الحديث .

ولأنه محقون الدم أشبه النساء والصبيان أو لأنه لا مال له أشبه الفقير العاجز ، ويحتمل كلام الخرقي إيجاب الجزية عليه يؤديها سيده ، وروي ذلك نصاً عن أحمد ، وروي عن عمر أنه قال : «لا تشتروا رقيق أهل الذمة ولا مما في أيديهم ؛ لأنهم أهل خراج يبيع بعضهم بعضاً ولا يقرن[2] أحدكم بالصغار بعد إذ أنقذه الله منه»[3] .

قال أحمد : أراد عمر أن يوفر[4] الجزية ؛ لأن المسلم إذا اشتراه سقط عنه أداء ما يؤخذ منه والذمي يؤدي عنه وعن مملوكه خراج جماجمهم ، وروي عن علي مثل حديث عمر .

ولأنه ذكر مكلف قوي مكتسب فوجبت عليه الجزية كالحر والأول أولى .

مسألة : (**ومن وجبت عليه الجزية فأسلم قبل أن تُؤخذ منه سقطت عنه الجزية**) .

أما الذي إذا أسلم في أثناء الحول لم تجب عليه الجزية وإن أسلم بعد الحول سقطت عنه وهذا قول أبي حنيفة وأصحابه ومالك ؛ لقوله تعالى : ﴿قل للذين كفروا إن ينتهوا يغفر لهم ما قد سلف﴾ [الأنفال :٣٨] .

---

(١) قال ابن حجر: روي مرفوعاً ، وموقوفاً على عمر، ليس له أصل . اهـ تلخيص الحبير ٤: ١٢٣ .

(٢) في الأصل: يفرن. وما أثبتناه من السنن.

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٩: ١٤٠ كتاب السير ، باب من كره شراء أرض الخراج.

(٤) في الأصل: توفر. وما أثبتناه من المغني ١٠: ٥٨٧.

وروى ابن عباس أن النبي ﷺ قال: «ليس على المسلم جزية»[1] رواه الخلال.

وذكر أن أحمد سُئل عنه فقال: ليس يرويه غير جرير.

قال أحمد: وقد روي عن عمر أنه قال: «إن أخذها في كفه ثم أسلم ردها عليه».

وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «لا ينبغي للمسلم أن يؤدي الخراج»[2] يعني: الجزية.

وروي «أن ذمياً أسلم فطولب بالجزية وقيل: إنما أسلمت تعوذاً. قال إن في الإسلام معاذاً. فرفع إلى عمر فقال عمر: إن في الإسلام معاذاً، وكتب: أن لا تؤخذ منه الجزية»[3] رواه أبو عبيد بنحو من هذا المعنى.

ولأن الجزية صَغار. فلا تؤخذ منه؛ كما لو أسلم قبل الحول.

ولأن الجزية عقوبة تجب بسبب الكفر فتسقط بالإسلام كالقتل.

مسألة: **(وإذا أعتق العبد لزمته الجزية لما يستقبل، سواء كان المعتق له مسلماً أو كافراً).**

هذا الصحيح عن أحمد رواه عنه جماعة، وبه قال سفيان والليث وأبو حنيفة وأصحابه والشافعي. وعن أحمد يقر بغير جزية، وروي نحو هذا عن الشعبي؛ لأن الولاء شعبة من الرق وهو ثابت عليه ووهن الخلال هذه الرواية وقال: هذا قول قديم رجع عنه أحمد والعمل على ما رواه الجماعة.

ووجه الرواية الأولى أنه حر مكلف موسر من أهل القتل فلم يقر في دارنا بغير جزية كالحر الأصلي.

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٣٠٥٣) ٣: ١٧١ كتاب الخراج، باب في الذمي يسلم في بعض السنة هل عليه جزية.

(٢) أخرجه الترمذي في جامعه (٦٣٣) ٣: ٢٧ كتاب الزكاة، باب ما جاء ليس على المسلمين جزية. بلفظ: «وليس على المسلمين جزية».

(٣) أخرجه أبو عبيد في الأموال (١٢٢) ص: ٥٠ باب الجزية على من أسلم من أهل الذمة...

إذا ثبت هذا فإن حكمه فيما يستقبل من جزيته حكم من بلغ من صبيانهم أو أفاق من مجانينهم على ما مضى .

مسألة : **(ولا تؤخذ الجزية من نصارى بني تغلب وتؤخذ الزكاة من أموالهم ومواشيهم وثمرهم مثلي ما يؤخذ من المسلمين)** .

بنو تغلب بن وائل من العرب من ربيعة بن نزار انقلبوا في الجاهلية إلى النصرانية فـ «دعاهم عمر إلى بذل الجزية فأنفوا وأبوا وقالوا : نحن عرب خذ منا كما يأخذ بعضكم من بعض باسم الصدقة فقال عمر[1] : لا آخذ من مشرك صدقة . فلحق بعضهم بالروم . فقال النعمان بن زرعة : يا أمير المؤمنين! إن القوم لهم بأس وشدة ، وهم عرب يأنفون من الجزية ، فلا تُعِنْ عليك عدوك بهم ، وخذ منهم الجزية باسم الصدقة . فبعث عمر في طلبهم فردهم وضعّف عليهم من الإبل من كل خمس شاتين ومن كل ثلاثين من البقر تبيعين ومن كل عشرين ديناراً ديناراً ، ومن كل مائتي درهم عشرة دراهم وفيما سقت السماء الخمس وفيما سقي بنضح أو غرب أو دولاب العشر»[2] . فاستقر ذلك من قول عمر ولم يخالفه أحد من الصحابة فصار إجماعاً ، وبه قال الفقهاء بعد الصحابة .

فصل

قال أصحابنا : تؤخذ الصدقة مضاعفة من مال من تؤخذ منه الزكاة لو كان مسلماً ، وهذا قول أبي حنيفة وأبي عبيد وذكر أنه قول أهل الحجاز .

فعلى هذا تؤخذ من مال نسائهم وصبيانهم ومجانينهم وزمناهم ومكافيفهم وشيوخهم إلا أن أبا حنيفة لا يوجب الزكاة في مال صبي ولا مجنون ، فكذا الواجب على بني تغلب لا يجب في مال صبي ولا مجنون إلا في الأرض خاصة .

وقال الشافعي : هذا جزية تؤخذ باسم الصدقة فلا تؤخذ ممن لا جزية عليه كالنساء والصبيان والمجانين .

---

(١) زيادة من الأموال.

(٢) أخرج نحوه أبو عبيد في الأموال (٧١) ص: ٣٢ كتاب سنن الفيء، باب أخذ الجزية من عرب أهل الكتاب .

قال : وقد روي عن عمر أنه قال : هؤلاء حمقى رضوا بالمعنى وأبوا الاسم .

وقال النعمان بن زرعة : خذ منهم الجزية باسم الصدقة .

ولأنهم أهل ذمة فكان الواجب عليهم جزية لا صدقة كغيرهم من أهل الذمة .

ولأنه مال يؤخذ من أهل الكتاب لحقن دمائهم ومساكنهم فكان جزية كما لو أخذ باسم الجزية : يحققه أن الزكاة طهرة وهؤلاء لا طهرة لهم .

فعلى هذا يكون مصرف المأخوذ منهم مصرف الفيء لا مصرف الصدقات وهذا أقيس ، واحتج من نصر الأول بأنهم سألوا عمر أن يأخذ منهم ما يأخذ بعضكم من بعض فأجابهم عمر إليه بعد الامتناع منه والذي يأخذه بعضنا من بعض هو الزكاة من كل مال زكوي لأي مسلم كان من صغير وكبير وصحيح ومريض كذلك المأخوذ من بني تغلب .

ولأن نساءهم وصبيانهم صينوا عن السبي بهذا الصلح ودخلوا في حكمه فجاز أن يدخلوا في الواجب به كالرجال العقلاء وعلى هذا من كان منهم فقيراً أو له مال غير زكوي كالدور وثياب البذلة وعبيد الخدمة لا شيء عليه كما لا يجب ذلك على أهل الزكاة من المسلمين ، ولا تؤخذ مما لم يبلغ نصاباً وأما مصرف المأخوذ منهم ، فاختار القاضي أن مصرفه مصرف الفيء ؛ لأنه مأخوذ من مشرك .

ولأنه جزية مسماة بالصدقة .

وقال أبو الخطاب : مصرفه مصرف أهل الصدقات ؛ لأنه مسمى باسم الصدقة مسلوك به فيمن يؤخذ منه مسلك الصدقة فيكون مصرفه مصرفها .

والأول أقيس وأصح ؛ لأن معنى الشيء أخص به من اسمه ولهذا لو سمى رجل أسداً أو نمراً أو أسود أو أحمر لم يصر له حكم المسمى بذلك .

ولأن هذا لو كان صدقة على الحقيقة لجاز دفعها إلى فقراء من أخذت منهم ؛ لقول النبي ﷺ : «أعلمهم أن عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم فترد في فقرائهم»[1] .

مسألة : **(ولا تؤكل ذبائحهم ولا تنكح نساؤهم في إحدى الروايتين عن أبي عبدا لله رضي ا لله عنه ، والرواية الأخرى تؤكل ذبائحهم وتنكح نساؤهم)** .

اختلفت الرواية عن أبي عبدا لله في أكل ذبائحهم ونكاح نسائهم فعنه لا يحل ذلك ، وهو قول علي بن أبي طالب ومذهب الشافعي و لم يبح الشافعي ذبائح العرب من أهل الكتاب كلهم .

وقال علي : إنهم لم يتمسكوا من دينهم إلا بشرب الخمر .

ولأنه يحتمل أنهم دخلوا في دين الكفر بعد التبديل فلم يحل ذلك منهم .

والرواية الثانية : تحل ذبائحهم ونساؤهم وهذا الصحيح عن أحمد رواه الجماعة عنه ، وكان آخر الروايتين عنه .

قال إبراهيم بن الحارث : فكان آخر قوله على أنه لا يرى بذبائحهم بأساً وهذا قول ابن عباس ، وروي نحوه عن عمر وبه قال أبو حنيفة وأصحابه .

قال الأثرم : وما علمت أحداً كرهه من أصحاب رسول ا لله ﷺ إلا علياً وذلك لدخولهم في عموم قوله تعالى : ﴿وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم والمحصنات من المؤمنات والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم﴾ [المائدة :٥] .

ولأنهم أهل كتاب يقرون على دينهم ببذل المال فتحل ذبائحهم ونساؤهم كبني إسرائيل .

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٤٠٩٠) ٤: ١٥٨٠ كتاب المغازي ، باب بعث أبي موسى ومعاذ بن جبل رضي ا لله عنهما إلى اليمن قبل حجة الوداع .

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٩) ١: ٥٠ كتاب الإيمان ، باب الدعاء إلى الشهادتين وشرائع الإسلام .

مسألة : **(ومن اتجر من أهل الذمة إلى غير بلده أخذ منه نصف العُشر في السنة)** .

* اشتهر هذا عن عمر وصحت الرواية عنه به ؛ لقول النبي ﷺ : «ليس على المسلمين عشور ، إنما العشور على اليهود والنصارى»[1] رواه أبو داود .

وروى الإمام أحمد عن سفيان بن هشام عن أنس بن سيرين قال : «بعثني أنس بن مالك إلى العشور فقلت : تبعثني إلى العُشور من بين عُمَّالك؟ قال : أما ترضى أن أجعلك على ما جعلني عليه عمر ؟ أمرني أن آخذ من المسلمين ربع العشر ، ومن أهل الذمة نصف العشر»[2] وهذا كان بالعراق .

إذا ثبت هذا فإنه لا يؤخذ منهم في السنة إلا مرة نص عليه أحمد في رواية جماعة من أصحابه ، وقال : كذا روي عن إبراهيم النخعي عن عمر حين كتب أن لا يأخذه في السنة إلا مرة : أن يأخذ من الذمي نصف العشر وهذا قول الشافعي في الداخلين أرض الحجاز .

وروى أحمد بإسناده قال : «جاء شيخ نصراني إلى عمر فقال : إن عاملك عشّرني في السنة مرتين . قال : ومن أنت؟ قال : أنا الشيخ النصراني . قال عمر : وأنا الشيخ الحنيف . ثم كتب إلى عامله : أن لا تعشروا في السنة إلا مرة»[3] .

ولأن الجزية والزكاة إنما تؤخذ في السنة مرة واحدة . فكذا هذا .

مسألة : **(وإذا دخل إلينا منهم تاجر حربي بأمان أُخذ منه العشر)** .

وقال أبو حنيفة : لا يؤخذ منه شيء إلا أن يكونوا يأخذون منا شيئاً فنأخذ منهم مثله ؛ لما روي عن أبي مجلز لاحق بن حميد قال : «قالوا لعمر : كيف نأخذ

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٣٠٤٦) ٣: ١٦٩ كتاب الخراج والإمارة والفيء، باب في تعشير أهل الذمة إذا اختلفوا بالتجارات.

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٩: ٢٠٩ كتاب الجزية، باب ما يؤخذ من الذمي إذا اتجر في غير بلده...
وأخرجه عبد الرزاق في مصنفه ٦: ٩٥-٩٧ كتاب أهل الكتاب ، صدقة أهل الكتاب.

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٩: ٢١١ كتاب الجزية، باب لا يؤخذ منهم ذلك في السنة إلا مرة واحدة إلا أن يقع .
وأخرجه أبو عبيد في الأموال (١٦٨٤) ص: ٤٧٩ باب ما يأخذ العاشر من صدقة المسلمين، وعشور أهل الذمة والحرب .

من أهل الحرب إذا قدموا علينا؟ قال: كيف يأخذون منكم إذا دخلتم إليهم؟ قالوا: العشر. قال: فكذلك خذوا منهم»[١].

ولنا ما روينا في المسألة قبلها.

ولأن عمر أخذ منهم العشر واشتهر ذلك بين أصحابه وعمل به الخلفاء بعده والأئمة بعده في كل عصر من غير نكير فأي إجماع أقوى من هذا؟ ولم ينقل أنه شرط ذلك عليهم عند دخولهم ولا يثبت ذلك بالتخمين من غير نقل.

ولأن مطلق الأمر يحمل على المعهود في الشرع وقد استمر أخذ العشر منهم في زمن الخلفاء الراشدين فيجب أخذه.

وأما سؤال عمر عما يأخذون منا فإنما كان؛ لأنهم سألوه عن كيفية الأخذ ومقداره ثم استمر الأخذ من غير سؤال ولو تقيد أخذنا منهم بأخذهم منا لوجب أن يسأل عنه في كل وقت.

إذا ثبت هذا فإنه يؤخذ منه العشر من كل مال للتجارة في ظاهر كلام الخرقي.

وقال القاضي: إذا دخلوا في نقل ميرة بالناس إليها حاجة أذن لهم في الدخول بغير عشر يؤخذ منهم وهذا قول الشافعي؛ لأن دخولهم نفع للمسلمين.

ووجه قول الخرقي: ما روى صالح عن أبيه عن عبدالرحمن بن مهدي عن مالك عن الزهري عن سالم عن أبيه عن عمر «أنه كان يأخذ من النبط من القطنية العشر، ومن الحنطة والزبيب نصف العشر ليكثر الحمل إلى المدينة وهذا يدل على أنه يخفف عنهم إذا رأى المصلحة فيه وله الترك أيضاً إذا رأى المصلحة.

مسألة: **(ومن نقض العهد بمخالفة[٢] شيء مما صولحوا عليه حل دمه وماله)**.

ينبغي للإمام عند عقد الهدنة أن يشترط عليهم شروطاً نحو ما شرطه عمر وقد رويت عن عمر في ذلك أخبار منها ما رواه الخلال بإسناده عن إسماعيل بن عياش

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٩: ٢١٠ كتاب الجزية، باب ما يؤخذ من الذمي إذا اتجر في غير بلده...

(٢) في الأصل: لمخالفة. وما أثبتناه من المغني ١٠: ٦٠٦.

قال: حدثنا غير واحد من أهل العلم قال: «كتب أهل الجزيرة إلى عبدالرحمن بن غنم: إنا حين قدمنا بلادنا طلبنا إليك الأمان لأنفسنا وأهل ملتنا. على أنا شرطنا لك على أنفسنا: أن لا نحدث في مدينتنا كنيسة، ولا فيما حولها ديراً ولا قلاية ولا صومعة راهب، ولا نجدد ما خرب من كنائسنا ولا ما كان منها[1] في خطط المسلمين، ولا نمنع كنائسنا من المسلمين أن ينزلوها في الليل والنهار، وأن نوسع أبوابها للمارة وابن السبيل، ولا نؤوي فيها ولا في منازلنا جاسوساً، ولا نكتم أمر من غش المسلمين، وأن لا نضرب نواقيسنا إلا ضرباً خفياً في جوف كنائسنا، ولا نظهر عليها صليباً، ولا نرفع أصواتنا في الصلاة، ولا القراءة في كنائسنا فيما يحضره المسلمون، ولا نخرج صليبنا ولا كتابنا في سوق المسلمين، وأن لا نخرج باعوثاً ولا شعانين، ولا نرفع أصواتنا مع أمواتنا، ولا نظهر النيران معهم في أسواق المسلمين، وأن لا نجاورهم بالخنازير، ولا نبيع الخمور، ولا نظهر شركاً، ولا نُرغّب في ديننا، ولا ندعو إليه أحداً، ولا نتخذ شيئاً من الرقيق الذين جرت عليهم سهام المسلمين، وأن لا نمنع أحداً من أقربائنا إذا أرادوا الدخول في الإسلام، وأن نلزم زينا حيث ما كنا، وأن لا نتشبه بالمسلمين في لبس قلنسوة ولا عمامة ولا نعلين، ولا فرق شعر، ولا في مراكبهم، ولا نتكلم بكلامهم، وأن لا نتكنى بكناهم، وأن نجز مقادم رؤوسنا، ولا نفرق نواصينا، ونشد الزنانير على أوساطنا، وأن لا ننقش خواتيمنا بالعربية، ولا نركب السروج، ولا نتخذ شيئاً من السلاح ولا نحمله، ولا نتقلد السيوف، وأن نوقر المسلمين في مجالسهم ونرشد الطريق، ونقوم لهم عن المجالس إذا أرادوا المجالس، ولا نطلع عليهم في منازلهم، وأن لا نعلم أولادنا القرآن، ولا يشارك أحد منا مسلماً في التجارة إلا أن يكون إلى المسلم أمر التجارة، وأن نضيف كل مسلم عابر سبيل ثلاثة أيام، ونطعمه من أوسط ما نجد. ضمنّا ذلك على أنفسنا وذرارينا وأزواجنا ومساكنينا. وإن نحن غيّرنا أو خالفنا عما شرطنا على أنفسنا وقبلنا الأمان عليه:

(١) في الأصل: فيها. وما أثبتناه من المغني ١٠: ٦٠٦.

فلا ذمة لنا . وقد حل لك منا ما يحل من أهل المعاندة والشقاق . فكتب بذلك عبدالرحمن بن غنم إلى عمر بن الخطاب . فكتب عمر : أن امض لهم ما سألوا ، وألحق فيه حرفين اشترطها عليهم مع ما شرطوا على أنفسهم : أن لا يشتروا من سبايانا شيئاً ، ومن ضرب مسلماً عمداً فقد خلع عهده . فأنفذ عبدالرحمن بن غنم ذلك . وأقر من أقام من الروم في مدائن الشام على هذا الشرط »[١] .

فهذه جملة شروط عمر رضي الله عنه ، فإذا صولحوا عليها ثم نقض بعضهم شيئاً منها فظاهر كلام الخرقي أنه ينتقض عهده وهو ظاهر ما روينا ؛ لقولهم في الكتاب : « إن نحن خالفنا فقد حل لك منا ما يحل لك من أهل المعاندة والشقاق »[٢] ، وقول عمر : « ومن ضرب مسلماً عمداً فقد خلع عهده »[٣] .

ولأنه عقد بشرط فمتى لم يوجد الشرط زال حكم العقد كما لو امتنع من التزام الأحكام ، وذكر القاضي والشريف أبو جعفر أن المشروط قسمان :

أحدهما : ينتقض العهد بمخالفته وهو أحد عشر شيئاً : الامتناع من بذل الجزية ، وجري أحكامنا عليهم إذا حكم بها حاكم ، والاجتماع على قتال المسلمين ، والزنا بمسلمة ، وإصابتها باسم نكاح ، وفتن مسلم عن دينه ، وقطع الطريق عليه ، وقتله ، وإيواء جاسوس المشركين ، والمعاونة على المسلمين بدلالة المشركين على عوراتهم أو مكاتبتهم ، وذكر الله أو كتابه أو دينه أو رسوله بسوء . فالخصلتان الأوليان ينتقض بهما العهد بلا خلاف في المذهب ، وهو مذهب الشافعي وفي معناهما قتالهم المسلمين منفردين أو مع أهل الحرب ؛ لأن إطلاق الأمان يقتضي ذلك فإذا فعلوا نقضوا الأمان ؛ لأنهم إذا قاتلونا لزمنا قتالهم وذلك ضد الأمان وسائر الخصال فيها روايتان :

إحداهما : أن العهد ينتقض بها سواء شرط عليهم ذلك أو لم يشرط ، ومذهب الشافعي قريب من هذا إلا أن ما لم يشترط عليهم لا ينتقض العهد بتركه

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٩: ٢٠٢ كتاب الجزية، باب الإمام يكتب كتاب الصلح على الجزية .

(٢) أخرجه البيهقي في الموضع السابق.

(٣) جزء من الحديث السابق.

ما خلا الخصال الثلاث الأولى فإنه يتعين شرطها وينتقض العهد بتركها بكل حال ، وروي «أن عمر رُفع إليه رجل قد أراد استكراه امرأة مسلمة على الزنا . فقال: ما على هذا صالحناكم . وأمر به فصلب في بيت المقدس»[1] .

ولأن فيه ضرراً على المسلمين أشبه الامتناع من ترك الجزية . وكل موضع قلنا لا ينتقض عهده فإنه إن فعل ما فيه حد أقيم عليه حده أو قصاصه وإن لم يوجب حداً عزر ويفعل به ما ينكف به أمثاله عن فعله فإن أراد أحد منهم فعل ذلك كف عنه فإن مانع بالقتال نقض عهده ومن حكمنا بنقض عهده منهم خير الإمام فيه بين أربعة أشياء : القتل والاسترقاق والفداء والمن كالأسير الحربي ؛ لأنه كافر قدرنا عليه في دارنا بغير عهد ولا عقد ولا شبهة ذلك أشبه اللص الحربي ويختص به ذلك دون ذريته ؛ لأن النقض إنما وجد منه دونهم فاختص به كما لو أتى بما يوجب حداً أو تعزيراً .

مسألة : (ومن هرب من ذمتنا إلى دار الحرب ناقضاً للعهد عاد حرباً) .

يعني يصير حكمه حكم أهل الحرب سواء كان رجلاً أو امرأة ومتى قدر عليه أبيح منه ما يباح من الحربي من القتل والأسر وأخذ المال ، وإن هرب الذمي بأهله وذريته أبيح من البالغين منهم ما يباح من أهل الحرب ولم يبح سبي الذرية ؛ لأن النقض إنما وجد من البالغين دون الذرية . والله أعلم .

---

(١) عن سويد بن غفلة قال: ((كنا مع عمر بن الخطاب رضي الله عنه وهو أمير المؤمنين بالشام فأتاه نبطي مضروب مشجج مستعدي فغضب غضبا شديداً فقال لصهيب: انظر من صاحب هذا؟ فانطلق صهيب فإذا هو عوف بن مالك الأشجعي فقال له: إن أمير المؤمنين قد غضب غضباً شديداً فلو أتيت معاذ بن جبل فمشى معك إلى أمير المؤمنين فإني أخاف عليك بادرته فجاء معه معاذ فلما انصرف عمر من الصلاة قال أين صهيب؟ فقال: أنا هذا يا أمير المؤمنين قال: أجئت بالرجل الذي ضربه؟ قال: نعم . فقام إليه معاذ بن جبل فقال: يا أمير المؤمنين إنه عوف بن مالك فاسمع منه ولا تعجل عليه . فقال له عمر: ما لك ولهذا؟ قال: يا أمير المؤمنين رأيته يسوق بامرأة مسلمة فنخس الحمار ليصرعها فلم تصرع ثم دفعها فخرت عن الحمار ثم تغشاها ففعلت ما ترى قال: ائتني بالمرأة لتصدقك فأتى عوف المرأة فذكر الذي قال له عمر رضي الله عنه قال أبوها وزوجها: ما أردت بصاحبتنا فضحتها فقالت المرأة: والله لأذهبن معه إلى أمير المؤمنين فلما أجمعت على ذلك قال أبوها وزوجها: نحن نبلغ عنك أمير المؤمنين فأتيا فصدقا عوف بن مالك بما قال فقال عمر لليهودي: والله ما على هذا عاهدناكم فأمر به فصلب ثم قال: يا أيها الناس فوا بذمة محمد ﷺ فمن فعل منهم هذا فلا ذمة له)) .
أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٩: ٢٠١ كتاب الجزية، باب يشترط عليهم أن أحدا من رجالهم إن أصاب مسلما بزنا .

المحتويات

انتهى بعون الله تعالى الجزء الرابع

ويتلوه الجزء الخامس ، وأوله :

كتاب الصيد والذبائح